

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO CON ÉNFASIS EN
DERECHO CIVIL

**LA POSITIVIZACIÓN DE LA PREMORIENCIA EN LOS
PROCESOS SUCESORIOS TESTADOS**

PRESENTADO POR:
LUIS ÁNGEL HERNÁNDEZ URIETA

PROFESOR ASESOR
Dr. JACINTO JAVIER ESPINOSA GONZÁLEZ

TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR
AL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO CON ÉNFASIS EN
DERECHO CIVIL

PANAMÁ, 2019

DEDICATORIA

Con amor y respeto, dedico este esfuerzo de mi vida, mi tesis doctoral a DIOS TODO PODEROSO, gracias señor, sin tu apoyo este esfuerzo hubiese sido imposible; también dedico esta tesis doctoral a mis seres queridos, sin ustedes no tendría sentido tanto esfuerzo. Dedico este trabajo a mi hija Magíster en Derecho NATIVIDAD DEL CARMEN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a todos ustedes mil gracias por su valioso apoyo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco muy especialmente a mi compañera la **DOCTORA LIDIA EMIR CASTILLO CENTENO**, por todo el apoyo incondicional brindado; sin su valiosa cooperación no hubiese sido posible tanto esfuerzo.

Mi respeto y agradecimiento a todos los profesores del doctorado, que de una manera u otra contribuyeron a mi formación doctoral; de igual modo agradezco a todos y cada uno de los profesores universitarios que me orientaron en esta investigación doctoral, gracias distinguidos colegas, no tengo como compensarles sus esfuerzos; estoy muy agradecido por el apoyo y colaboración de mi profesor asesor, **DOCTOR JACINTO JAVIER ESPINOSA GONZÁLEZ**, quien ha sido bastión y baluarte de esta tesis doctoral, quien ha contribuido decisivamente a nuestra formación en el ámbito del derecho y a mi evidente inclinación por el derecho civil, en especial sobre el derecho sucesorio.

A mis compañeros Doctorandos en Derecho, con los cuales hemos compartido magistrales conferencias, y momentos gratos en los salones de esta más alta casa de estudio UNIVERSIDAD DE PANAMÁ; ello para mí constituye un honor.

A mis alumnos, de la maestría y de la licenciatura, no existe mayor satisfacción que haber contribuido con su formación profesional.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Introducción	i-xi
Marco Referencial	
Planteamiento del estudio	1
Objetivos de investigación	2
Objetivos generales.....	2
Objetivos Específicos	2
Formulación del Problema objeto de la investigación	3
Hipótesis	3
Identificación de variables	3
Justificación de la investigación	4
Metodología de la investigación	5
Razonamiento lógico	7
CAPÍTULO I. SUCESIÓN POR CAUSA MUERTE	
1.1. Generalidades	10
1.2. Etimología	10
1.3. Origen del concepto	10
1.4. Concepto	13
1.5. Clasificación	15
1.6. Teorías sobre el fundamento jurídico sucesorio	19
1.6.1. Teorías negativas	19
1.6.2. Teorías armónicas o eclécticas	20
1.6.3. Teoría positiva.....	20
1.7. Antecedentes históricos del derecho sucesorio	21
1.7.1. Derecho griego	22
1.7.2. Derecho romano	23
1.7.3. Derecho germano	24
1.7.4. Derecho francés	25
1.8. Conflictos de leyes en el espacio	26
1.8.1. Legislación Nacional.....	26
1.9. Criterios diferentes entre la sucesión legal y la testamentaria.	28
CAPÍTULO II. LA HERENCIA	
2.1. Concepto	31

2.1.1. Herencia según el concepto romano	32
2.1.1.1. Implicaciones del concepto romano	32
2.2. Herencia en el derecho germano	33
2.3. Características del derecho a heredar	34
2.3.1. Es un derecho real	34
2.3.2. Es incorporal	34
2.3.3. El derecho de heredar es patrimonial	35
2.3.4. Es de orden público	36
2.3.5. Posesión legal de la herencia es de carácter individual	37
2.3.6. Posesión legal de la herencia es indivisible	38
2.3.7. Posesión legal de la herencia es sucesiva	38
2.3.8. Posesión legal de la herencia es cedible	39
2.4. Naturaleza jurídica del derecho hereditario	40
2.4.1. La imperatividad de la normas sucesorales	41
2.4.2. Normas sucesorales supletivas y carácter mixtas	42
2.5. Derecho de herencia	43
2.6. Elemento del derecho hereditario	44
2.7. Elemento de la sucesión	45
2.8. La herencia	45
2.8.1. El causante difunto	47
2.8.2. El heredero o asignatario	48
2.8.3. Sujetos del derecho hereditario	49
2.8.3.1. Constitución del derecho hereditario	50
2.8.3.2. La fase de la sucesión	51
2.9. Posición de la legislación nacional	53
2.9.1. Situaciones de la herencia	54
2.9.1.1 Apertura de la sucesión	55
2.9.1.2. Herencia deferida	55
2.9.1.3. Herencia yacente	56

2.9.1.4. Herencia adquirida	57
2.9.1.5. Herencia vacante	57
2.10. Delación de la herencia	57
2.10.1. Clasificación de la delación	58
2.10.2. Efecto de la delación	59
2.10.3. Adquisición de la herencia	60
2.11. Órdenes sucesorales	62
2.11.1. Primer orden hereditario	64
2.11.2. Segundo orden hereditario	66
2.11.3. Tercer orden hereditario	68
2.11.4. Cuarto orden hereditario	71
2.11.5. Quinto orden hereditario	74
CAPÍTULO III. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA EN EL DERECHO SUCESORAL PANAMEÑO.....	77
CAPÍTULO IV. EL DESHEREDAMIENTO.....	81
4.1. Concepto	82
4.2. Generalidades del derecho de desheredación	82
4.3. Antecedentes de la desheredación	84
4.3.1. Reformas de Justiniano	85
4.4. Requisitos de ley para que sea válida la desheredación	85
4.5. Características de la desheredación	86
4.5.1. De la desheredación justa	87
4.5.2. Causa injusta de desheredación	87
4.5.3. Obligación de expresar la causal de desheredación ..	89
4.5.4. Las legítimas	89
4.6. Naturaleza jurídica de la legítima	91
4.6.1. Característica de la legítima	94
4.6.2. Asignaciones forzosas.....	95
4.6.3. Causales para desheredar a los padres y ascendientes.	98
4.6.4. Causales para desheredar a un cónyuge	100

4.6.5. Personas que no pueden ser desheredadas.....	101
4.6.6. Requisitos de la desheredación.....	104
4.6.7. Personas objeto de desheredación.....	104
4.7. Efecto de la desheredación.....	104
CAPÍTULO V. LA POSITIVIZACIÓN DE LA PREMORIENCIA EN LOS PROCESOS SUCESORIOS TESTADOS.....	106
5. Premoriencia y conmoriencia, concepto.....	107
5.1. Premoriencia.....	107
5.2. Conmoriencia.....	107
5.3. La necesidad de positivizar la premoriencia en los procesos sucesorios testados.....	108
5.4. Consecuencias jurídicas producto de la no positivización de la premoriencia	111
5.5. La premoriencia en la sucesión testamentaria.....	112
5.6. Derecho de representación en los procesos sucesorios.	113
5.6.1. Generalidades.....	113
5.6.2. Concepto.....	114
5.7. Origen del derecho de representación.....	117
5.8. Teorías que fundamentan el derecho de representación	119
5.8.1. Teoría de la voluntad presunta del causante.....	120
5.8.2. Teoría objetiva y subjetiva.....	120
5.9. Fundamentación derecho de representación	121
5.9.1. Naturaleza Jurídica.....	121
5.10. El derecho de representación en el derecho positivo panameño.....	122
5.11. Requisitos fundamental para que proceda la representación	125
5.11.1. La existencia de una condición parental de vacancia.....	125
5.11.2. Por la renuncia o el repudio de la herencia.....	125
5.11.3. Por la muerte del heredero (pre muerte).....	127
5.11.3.1. Incapacidad por causa de indignidad.....	130

5.11.4. Por la declaración de ausencia.....	132
5.12. La representación en el derecho comparado	133
5.13. El acrecimiento en la representación.....	136
5.14. Elementos constitutivos del derecho de representación	138
5.15. Procedencia de la representación	139
5.16. Efecto de la representación.....	140
5.17. Indignidad sucesoria.....	141
5.17.1. Concepto.....	141
5.17.2. Antecedentes de la indignidad.....	142
5.17.3. Algunas causales de indignidad en el derecho romano.....	143
5.17.4. Efectos de la incapacidad y la indignidad.....	145
5.17.5. Causales de indignidad para suceder establecida en nuestro Código Civil.....	149
5.17.6. Prescripción de la incapacidad por causas de indignidad...	151
5.17.7. Indignidad y desheredación, semejanzas y diferencias.....	151
5.18. Comprobación de la causal de desheredación.....	153
5.19. Acción de contradicción.....	153
5.20. La acción de reforma del testamento.....	154
5.21. Acción de justificación de la desheredación.....	155
5.22. Revocación de la desheredación.....	155
CAPÍTULO VI. DERECHO DE ACRECER	157
6.1. Generalidades	158
6.2. Ámbito de aplicación del derecho de acrecer en la legislación panameña.....	160
6.2.1. Cuando procede el derecho de acrecer	161
6.2.2. Fundamento del derecho de acrecer	162
6.3. Requisitos del derecho de acrecer	163
6.3.1. Porción vacante	163
6.3.2. Conjunción de llamamiento	164

6.3.3. Cuando no procede del derecho acrecer	165
6.4. Aspectos importantes del derecho de acrecer en el Código Civil panameño.....	165
CAPÍTULO VII. LA PARTICIÓN HEREDITARIA	168
7.1. Concepto de participación hereditaria	169
7.2. Objeto de la acción de participación hereditaria	174
7.3. Teorías sobre el régimen de la participación hereditaria	174
7.4. Naturaleza jurídica de la participación hereditaria	175
7.4.1. Teoría de la ficción	178
7.4.2. Teoría de la condición resolutoria	179
7.5. Diferentes formas de participación herencial.	182
7.6. Personas legitimadas para solicitar la partición hereditaria.....	185
7.7. Personas legitimadas para realizar la partición hereditaria.....	186
7.7.1. La partición realizada por el testador.	187
7.7.2. La partición realizada por los coherederos.....	188
7.7.3. La partición realizada por contador partidor designado por el testador.....	190
7.7.4. Partición realizada por el contador partidor dativo.....	191
7.8. Reglas de la partición.....	192
7.8.1. Parte preliminar.....	192
7.8.2. El cuerpo de la partición.....	192
7.8.3. La relación de los bienes..	193
7.8.4. La liquidación.....	193
7.8.5. La división y adjudicación.....	194
7.8.6. El Principio de igualdad.....	194
7.8.7. En los derechos indivisibles.....	194
7.9. Los títulos	195
7.9.1. Retracto legal	195
7.9.2. Efectos de la partición.....	196

7.9.3. Nulidad de la partición	197
7.9.4. Rescisión de la partición	198
7.9.5. Modificación de la partición.....	199
7.9.6. Pago de deudas hereditarias	200
7.10. El albacea testamentario.....	202
7.11. El contador partidor testamentario y el dativo.....	204
7.11.1. Inhabilidades para ser partidor.....	205
7.12. La declaratoria de heredero y la partición de la herencia.....	205
7.13. Disolución de la sociedad conyugal.....	206
7.14. La colación de la herencia.....	207
7.15. Procedimiento para solicitar la división de la herencia.....	207
7.15.1. Cancelación de ,los gastos de la partición.....	208
7.15.2. Venta de los derechos hereditarios.....	209
7.15.3. Bienes del fallido no incluidos en la partición.....	210
7.16. Cómo proceder cuando en la partición no están todos los herederos y si alguno de los que está no lo es.....	210
7.16.1. Puede el heredero renunciar a la herencia.....	211
7.17. Qué sucede cuando el heredero al renunciar a la herencia perjudica a los acreedores.....	211
7.17.1. Formalidades para anular la partición.....	212
CAPÍTULO VIII. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS	213
8.1. De la sustitución.....	214
8.2. Clases de sustituciones hereditarias.....	216
8.2.1. Sustitución pupilar.....	218
8.2.2. Efectos de la sustitución pupilar.....	219
8.2.3. Sustitución ejemplar o cuasi pupilar	220
8.2.4. Sustitución fideicomisaria o por encargo.....	220
8.2.5. El fideicomiso por residuo.....	223
CAPÍTULO IX. DEL DERECHO DE TESTAR	228

9.1. Concepto de la institución de heredero.....	229
9.1.1. Facultad de instituir heredero	229
9.1.2. Derecho de alimento	231
9.2. El testamento	233
9.2.1. Generalidades	233
9.2.2. Antecedentes del testamento.....	233
9.2.2.1. Edad Media	235
9.2.2.2. Concepto	236
9.3. Preterición	236
9.4. Naturaleza jurídica del testamento	239
9.5. Clasificación de los testamentos	239
9.6. Características del testamento	241
9.7. Clases de testamentos aceptados en Panamá	246
9.7.1. Testamento ológrafo	246
9.7.2. Testamento abierto	248
9.7.3. Testamento cerrado o secreto	250
9.7.3.1. Solemnidades del Testamento cerrado	253
9.7.4. Testamentos especiales	254
9.7.5. Testamento marítimo	255
9.7.6. Testamento militar	257
9.7.7. Testamento hecho en el extranjero	258
9.8. Revocación de los testamentos	261
9.8.1. Revocación y caducidad	261
9.8.1.1. Revocación expresa.....	263
9.8.1.2. Revocación tácita.....	263
9.8.1.3. Revocación real o material.....	264
9.9. Efecto de la Revocación.....	268
CAPÍTULO X. LOS LEGADOS.....	269
10. Legado.....	270

10.1. Derecho de los legatarios.....	270
10.3. Obligaciones del heredero frente al legatario.....	271
10.4. Distribución de la herencia en legados.....	271
10.5. Clases de legados.....	272
10.5.1. Legado de cosa ajena.....	272
10.5.2. Legado de un crédito contra tercero.....	273
10.5.3. Legado genérico de perdón o liberación de deuda..	273
10.5.4. Legado alternativo.....	273
10.5.5. Legado de cosa inmueble no determinada.....	273
10.5.6. Legado de educación.....	274
10.5.7. Legado de alimento.....	274
10.5.8. Legado de una pensión periódica.....	274
10.5.9. Los legados de carácter remuneratorio.....	275
10.5.10. Legado de cosa mueble genérica.....	275
10.6. Transmisión y entrega del bien legado.....	275
10.6.1. Entrega de legado de bien ajeno.....	276
10.6.2. Legado de bien grabado.....	276
10.6.3. Legado de bien sujeto a usufructo o habitación.....	276
10.6.4. Legado de crédito y de condonación de deuda.....	276
10.6.5. Legado de pensión.....	277
10.7. Pagos del legado.....	277
10.8. Aceptación y renuncia del legado.....	277
10.9. Nulidad del legado.....	278
10.10. Caducidad del legado.....	279
CAPÍTULO XI. DERECHO DE DELIBERAR	280
11.1. Concepto	281
11.2. Características de la institución beneficio de inventario.....	284
11.2.1. Excepción al derecho facultativo.....	287
11.3. Pérdida de beneficio de inventario.....	287

11.3.1. Aceptación pura y simple de la herencia.....	288
11.3.2. Efectos de la pérdida del beneficio de inventario.....	289
11.4. Efecto de la aceptación pura y simple.....	290
11.5. Aceptación a beneficio de inventario.....	291
11.6. Formalidad del derecho de deliberar.....	295
11.7. Aceptación expresa de la herencia.....	295
11.8. Aceptación tácita.....	296
11.9. Otras formas de aceptación.....	297
11.10. Aceptación presunta.....	298
11.11. Requisitos de aceptación.....	298
11.12. Capacidad para ejercer el ius delationis.....	300
11.13. Efecto de la aceptación a beneficio de inventario.....	301
11.14. Ventajas del beneficio de inventario.....	301
11.15. Pérdida del beneficio de inventario	302
11.16. Herencia deferida a menores o incapaces	302
11.17. Herencias deferida a entredichos.....	303
11.18. Renuncia o repudiación de la herencia	303
11.19. Efectos de la repudiación	305
11.20. Capacidad para heredar	305
11.21. Disponibilidad de la herencia	306
11.22. Capacidad necesaria para aceptar.....	307
11.22.1. Sobre las personas naturales.....	307
11.22.2. Los sordomudos.....	307
11.22.3. Los pobres.....	308
11.22.4. Con respecto a las personas jurídicas.....	308
11.23. Capacidad para suceder.....	308
11.24. Clases de incapacidades.....	309
11.24.1. Absolutas.....	309
11.24.2. Relativas.....	310

11.25. Personas legitimadas para aceptar o repudiar la herencia..	312
11.26. personas obligadas a aceptar con beneficio de inventario..	313
11.27. Efecto de la aceptación.....	313
11.28. Prescripción de la acción para impugnar la incapacidad.....	313
Conclusiones y Recomendaciones	314
Bibliografía	322
Anexo	

MARCO REFERENCIAL

1. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

El derecho sucesorio al igual que otras ramas del derecho ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Sus instituciones han tenido significativos cambios en los distintos ordenamientos jurídicos, producto del desarrollo sociopolítico del Estado.

La personalidad civil se extingue con la muerte de la persona, esto es lo que dice nuestro Código Civil (Art.45), de aquí en adelante aparece una serie de fenómenos en cuanto a los bienes o haberes del difunto, tanto tangibles como intangibles; muebles e inmuebles y la suerte de cada uno. Por ello el derecho posee una institución que determina de manera clara lo que se hará con los haberes del difunto. Esta institución es conocida como derechos sucesorios.

Dada la existencia de un derecho, es posible que el mismo se extinga o que, por el contrario, continúe existiendo o cambie de titular. En este último caso se habla en sentido lato de sucesión. Pero ésta es de dos especies, porque una sustituye a otra en un determinado derecho o relación y se tiene la llamada sucesión particular o a título particular. O bien una persona sustituye a otra en la totalidad de sus relaciones patrimoniales consideradas como una entidad compleja y se tiene la llamada sucesión universal o a título universal; en el derecho vigente esta segunda especie de sucesión no se verifica nunca por acto entre vivos sino solamente mortis causa.

Este estudio pretende dar a conocer los elementos doctrinales del derecho sucesorio en Panamá, y cómo se encuentra establecida en nuestro

ordenamiento civil; sin dejar atrás lo que corresponde al sistema procedimental del derecho de suceder, que se encuentra regulado en nuestro Código Judicial.

Nuestra legislación propugna por el cumplimiento de la última voluntad del *DE CUJUS* en el supuesto de las sucesiones testamentarias, permitiéndole al testador designar en su testamento a persona de su confianza o estimación para que se constituyan en sus herederos, o para que ejercite las facultades por él otorgadas en el mismo instrumento.

1.1. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1. OBJETIVO GENERAL

- Analizar el derecho sucesorio en su generalidad, y fundamentar el por qué es necesaria la positivización de la premoriencia como una manera de adquirir el dominio en los procesos sucesorios testados.

1.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar ampliamente el Derecho de Sucesiones.
- Concretizar la viabilidad de la necesidad de positivar la premoriencia como una manera de adquirir el dominio en los procesos sucesorios testados.
- Analizar desde la perspectiva del derecho comparado las instituciones, la doctrina, su dogmática, los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia extranjera y nacional sobre la materia.
- Determinar el porqué de la prevalencia del derecho de representación frente a instituciones como el derecho de acrecer y la sustitución.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN

Según la legislación civil vigente panameña, (artículo 781 C.C.P, en concordancia con el artículo 644 C.C.P) tienen derecho a transmitir sus derechos hereditarios el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, mas no el premuerto; lo que ocasiona una desigualdad e impide la posibilidad de que se hagan efectivos legítimos derechos sucesorios.

1.3. HIPÓTESIS

Que el derecho sucesorio testado positivo requiere ser modificado respecto a la institución de la conmorienencia, en ese sentido se debe positivar la premuerte, así como han sido positivadas otras instituciones, fundamentalmente tomando en cuenta la realidad social general debido principalmente a la pluriculturalidad de hechos donde se ve plasmado el derecho injusto; por lo que es necesario la adecuación de los conceptos relativos a la premoriencia entendida como la medida para la reparación de los posibles perjuicios que pudiese ocasionar el propio derecho, producto de su no implementación.

1.4. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

Las variables de investigación son las siguientes:

- Los conceptos de causa y efecto generados por la conmorienencia.
- La necesidad de positivizar la conmorienencia, como ha sido positivizada la renuncia y la indignidad para efecto de representación sucesoral testada.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La evolución que ha tenido el derecho sucesorio producto de la postmodernidad, el nacimiento de nuevas fuentes y sobre todo el interés familiar de proteger los derechos patrimoniales y otros jurídicamente protegibles, la desproporción entre los actores sociales involucrados justifican la adopción de medidas legislativas que sistematicen la premoriencia en el derecho de representación testado, como una forma de transferir el dominio de los bienes, tomando como fundamento el orden sucesoral y que ello excluya el derecho de acrecer cuando no sea absolutamente necesario. Así pues, la ausencia en nuestra legislación de parámetros precisos al respecto, impone la necesidad de positivizar la premoriencia como prelación al derecho de acrecer.

Partiendo de la premisa básica que el Derecho de Representación no agota en su regulación positiva todos los aspectos inherentes a las relaciones que pretende regular, el problema central de este estudio es determinar si los planteamientos consagrados en el Derecho de Representación constituyen la respuesta a todas las interrogantes que la aplicación del Derecho de acrecer en un momento determinado podría resolver, o si, por el contrario, se hace necesaria la formulación de una teoría general de derecho que sirva de base para subsanar las posibles incongruencias que se den producto de formalidades jurídicas reguladas por el Derecho Civil, y que de una manera u otra perjudican el entorno social familiar.

1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

En virtud de que el derecho sucesorio es una ciencia social, y por el carácter mismo de nuestro tema, hemos procurado utilizar como métodos en la

presente investigación aquellas que son conforme a esta especial, ciencia jurídica.

El presente estudio se desarrolla mediante la utilización de fuentes bibliográficas, aplicando los métodos inductivo y deductivo de manera explicativa, caracterizados por conclusiones elaboradas en base a una serie de conocimientos y abstracciones, muy propio de esta rama objeto de estudio, así como también los principios básicos de la lógica jurídica y está sustentado en su totalidad por el método científico.

El fundamento metodológico del presente trabajo está sustentado además en los métodos axiológico-histórico, lógico comparativo, semántico, y en el método de interpretación extensiva; los cuales pasamos a referenciar de manera sucinta.

Con la delimitación del tema objeto de estudio, con el planteamiento del problema hacemos uso del método axiológico histórico para, a través de estos, manejar las fuentes primarias y otras evidencias que sirven de sustento al trabajo realizado, igualmente, para investigar sucesos pasados relevantes para las sociedades humanas.

Cuando hablamos del carácter social del derecho de representación, nos estamos refiriendo a los valores que se deben tomar en cuenta, es decir, a la axiología jurídica al momento de sugerir la prelación del derecho de representación, frente al derecho de acrecer.

No podemos hablar del derecho sucesorio si no hacemos uso de la doctrina y del derecho comparado, y ello lo logramos mediante la implementación del método lógico comparativo.

Para poder hacer un estudio analítico del carácter social del derecho de representación, es necesario la utilización de la semántica jurídica y del método sistemático, que no es más que el orden cronológico de la investigación, para poder cumplir así con los objetivos trazados; además el método analógico, como método de investigación y la lógica deductiva nos ha ayudado a comprobar la hipótesis planteada; a través del método analógico hemos hecho comparaciones entre el derecho de representación y el derecho de acrecer, y hemos llegado a la conclusión que el derecho de representación debe prevalecer sobre el derecho de acrecer por el efecto social del mismo. La analogía posibilita una vía [inductiva](#) de [argumentar](#). Nos permite reconocer un objeto a través de una comparación concluyendo que comparten semejanzas. (Manuel Atienza, 2016, pág. 374) “La lógica entendida como el estudio de las relaciones entre enunciados” ¹

1.7. RAZONAMIENTO LÓGICO

¹ Para romper el poder de viejos modelos y analogía, podemos hacernos con unos nuevos. La lógica trata de la corrección de los enunciados contruidos acerca de la solidez de los cimientos que elaboramos para apoyarlos, acerca de la firmeza del respaldo que somos capaces de darle o, modificando la metáfora, del tipo de alegato que presentamos en defensa de nuestras afirmaciones.

La analogía jurídica implicada en esta ultima manera de presentar este punto, podría ser, por una vez, de verdadera ayuda. Así pues, dejémonos de psicología, sociología, tecnología y matemática; pasemos por alto los ecos de ingeniería estructural y de collage en lo vocablos, cimientos y respaldo, y tomemos como modelo propio la disciplina de la jurisprudencia. La lógica podríamos decir, es una jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden compararse con las demandas judiciales, y las afirmaciones que se realizan y argumentan en contextos extra-legales, con afirmaciones hechas antes los tribunales, mientras que las razones presentadas para apoyar cada tipo de afirmación pueden ser comparadas entre sí. Una de las tareas capitales de la jurisprudencia es caracterizar los elementos esenciales del proceso legal, los procedimientos o los trámites por medio de los cuales las demandas se presentan ante la ley, se debaten y se determinan, así como la categoría en que estos se llevan a cabo. Nuestra propia investigación es paralela, nuestra finalidad es, análogamente, caracterizar lo que podría llamarse el proceso racional, los trámites y categoría que se emplean para que las afirmaciones en general puedan ser objeto de argumentación y el acuerdo final sea posible.

“La argumentación jurídica no se identifica con la lógica jurídica, pero la lógica es una dimensión esencial de la argumentación,” (ATIENZA, Manuel. 2016, Pág. 33). Es innegable la importancia de la lógica en el comportamiento del ser humano. Razonar es una actividad mental que te permite ordenar y estructurar una idea, para luego así obtener una conclusión. El juez Oliver W. Holmes, uno de los más grandes juristas americanos dijo, “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia.” La lógica constituye uno de los principios fundamentales del derecho, producto del razonamiento lógico nacen sentencias fundamentadas en el derecho, la razón y la justicia.

Positivizar la premoriencia trae como resultado el mejoramiento en el manejo de los procesos que se deslindan ante los Tribunales de Justicia de la República de Panamá, haciendo la justicia más eficiente y equitativa. A través de un razonamiento lógico entendamos la razón de nuestra propuesta. Imagínense que A, padre, tiene tres hijos B, C y D. y que A, padre los instituye como sus legítimos herederos; que B y C, se fueron a hacer su vida lejos de su padre; que D, junto a su padre A, ha sido la persona que levantó el patrimonio de la familia, que D, junto a su padre laboró día y noche en la finca que ambos consiguieron, que D, tiene dos hijos E y F, que también han sido colaboradores en el patrimonio familiar y que esos dos nietos han sido la vida prácticamente de su abuelo A; y que D, por alguna razón muera antes que su padre (D, pre-muerto), por razón del testamento los hijos de D, quedan excluidos de la herencia y la parte de D, acrece a B y C. y ello deviene de injusto, y el fundamento del derecho es la justicia, por ello somos de la consideración de que no existe el derecho injusto, injusta es la mala aplicación del derecho.

Como afirma el juez Oliver W. Holmes, “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia.” Para entender lo que quería decir con ello, conviene ir a otros de sus textos, *La Senda del Derecho (The path of the law)* (Holmes 1975), en el que esa idea aparece desarrollada. Holmes se plantea de cuales son las fuerzas que determinan el contenido y el crecimiento del Derecho, y en relación a ella se refiere a una falacia-la falacia de la lógica-que es objeto de su crítica.” “La falacia a la que me refiero consiste en la noción de que la única forma operante del Derecho es la lógica. En el más alto de los sentidos, ciertamente, esa noción sería verdadera. El postulado en que basamos el pensamiento del universo es la existencia de una relación cuantitativa fija entre cada fenómeno y sus antecedentes y consecuentes” (ATIENZA, Manuel. 2016, pág. 33).

CAPÍTULO I

“SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE”

1.1. GENERALIDADES

En el mundo de las relaciones jurídicas, el derecho de sucesiones es conocido también como derecho hereditario, el cual tiene como finalidad la transmisión del patrimonio.

1.2. ETIMOLOGÍA

Desde el punto de vista etimológico el término sucesión procede del latín “successio”, “sucedere” colocarse (persona/cosa) en el lugar que ocupa otra.

El Dr. Carrillo en su acepción jurídica más amplia, destaca que, sucesión es “El hecho de que una persona ocupa la posición de otra en una relación jurídica, por efecto de un traspaso” (CARRILLO, J. 1980, Pág. 153). Los romanistas, concibieron esa acepción, es decir, el sucesor ocupa la misma posición del difunto con respecto a sus bienes. Sin embargo, para el derecho moderno el concepto sucesión simplemente implica transmisión de derechos hereditarios.

1.3. ORIGEN DEL CONCEPTO

Desde el punto de vista etimológico la palabra Sucesión proviene del latín “successio” que se deriva del vocablo “succedere”, el cual tiene diversos significados, según lo estatuye el Diccionario de la Real Academia Española, que a la letra dice:

Es la entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra.

Entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto.

Conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario.

Descendientes o procedencia de un progenitor; entre otras.

Suárez F., cita el diccionario de Escriche, según el cual “la palabra sucesión en sentido lato remonta su origen al de sucesión, succedere, subcedeje, que significa entrar en una persona o cosa en lugar de otra o seguirse a ella”. Es decir, que es sucesor el que entra o sobreviene en los derechos de otro, o sea el que sucede a otro a título universal; y sucesor particular aquel que sucede a otro en alguna cosa que ha adquirido de él por causa de muerte”. (Suárez F. 2003, Pág. 3)

Etimológicamente el vocablo “Sucesión” significa “sustituir un sujeto a otro en la titularidad de una relación”. Sin embargo, Lafont Pianetta indica que tal expresión también suele emplearse en diferentes sentidos, a saber: 1. “Como fenómeno sustancial en virtud del cual una persona sustituye a otra en una relación jurídica, debido a ciertas causas; 2. Como sinónimo de herencia; 3. Como sinónimo de proceso de sucesión. De ellos el sentido más exacto y estricto es el primero” (Lafont, P. 2006, Pág. 3)

Finalmente, el significado más general del vocablo “sucesión” se refiere a la “adquisición” tanto por tradición, mediante un título entre vivos traslativo del dominio, como por transmisión por causa de muerte, y es aplicable aún al caso de la usucapión o prescripción”, como lo señala Suárez Franco en su obra Derecho de sucesiones.

Sin embargo, si se profundiza el criterio jurídico, éste señala que son muchas las personas que al referirse a la palabra “sucesión” lo hacen como si sólo se tratara de una sucesión mortis causa.

Castán Tobeñas afirma que la sucesión consiste en la situación de una persona con relación a los derechos transmisibles de otra. Es decir que normalmente es una adquisición que provoca e implica un cambio de la titularidad al tiempo que se mantiene la identidad de la relación que se transfiere de uno a otro sujeto.

Por tradición, por décadas, en cuanto a derecho de sucesión se refiere, se ha sostenido la idea de que se trata de una transformación basada en la influencia subjetiva de una relación de derecho, siendo así que la sucesión puede generar en una obtención derivativa traslativa que se realiza por traspaso de tal relación o a una adquisición derivativa constitutiva como resultado de una nueva relación

procedente de otra que anteriormente existía, a la que supone y absorbe parte de su contenido, pero que a su vez la limita.

Por consiguiente, la relación jurídica en un estricto sentido de la palabra sucesión, nos plantea que ésta consiste en la relación de un sujeto con la cosa o con las personas y comprende dos aspectos: el activo y el pasivo. Ahora, en el sentido lato, la relación jurídica indica que es el conjunto entre dos individuos o entre una persona y un bien, ya sea que consista en un derecho subjetivo con la posibilidad de que se convierta en una obligación u otro efecto jurídico.

En otro sentido, según sea el supuesto en que se fundamente la sucesión, ésta se clasifica en: sucesión entre vivos y sucesión por causa de muerte, por supuesto relacionada esta última con el fallecimiento del titular transmisor. Así se establece que la sucesión entre vivos es a título particular y presupone un acto de disposición del sujeto de derecho y un acto de voluntad del que directamente adquiere, lo que se caracteriza por constituir una unidad jurídica producida al ejercitarse la facultad dispositiva.

La sucesión por causa de muerte, por su parte, no es obligatoriamente una acción de disposición del difunto(a) como tampoco es una unidad jurídica.

Para concluir con este aspecto tenemos que desde el punto de vista del criterio doctrinal “sucesión” quiere decir “tanto la transmisión de los bienes, derechos y cargas de un difunto, en la persona de sus herederos, como la universalidad o conjunto de dichos bienes que deja el difunto” (Suárez, F. R. 2003, Pág. 5)

1.4. CONCEPTO

Luego de planteado diferentes criterios con relación al vocablo “sucesión”, se tratará ahora de definir “sucesión” como concepto. Pedro Lafont Pianetta,

refiriéndose al concepto sucesión dice: “las relaciones, entre los sujetos o entre éstos y los objetos, que pueden extinguirse o modificarse por la sustitución de sus sujetos, como cuando se muere el usufructuario o se ceden o transmiten algunos derechos.

Otro planteamiento al respecto lo encontramos en Suárez Franco, quien define la sucesión por causa de muerte como “el modo de adquirir el dominio mediante el cual el patrimonio íntegro de una persona, denominada causante, se transmite a otra, u otras, llamada causahabiente, con causa o con ocasión de la muerte de aquella”. El mismo Suárez Franco, en la pág. 3, del Derecho de Sucesiones, afirma que “si se profundiza en el concepto jurídico de la acepción, se aprecia que numerosas personas usan el concepto vulgar de “sucesión” como si se tratara solamente de sucesión mortis causa, cuando no designan como tal a una especie de esta última: la testamentaria, precisándola como “sucesión testamentaria”.

Cabe resaltar, también que el supuesto jurídico condicionante de la sucesión “mortis causa” es la muerte física o natural, de una persona, es decir, que, en vida del disponente, el fenómeno transmisor no genera ningún efecto que le sea propio. Es evidente que este elemento básico, por razón alguna no debe pasar inadvertido.

No debe haber confusión con relación a la extinción de una persona jurídica, moral o social, la cual por ningún motivo debe dar lugar a la sucesión por causa de muerte, ya que una sociedad se disuelve, por tanto, en este sentido no existe sucesión, pues la disolución o fusión de entes jurídicos se rigen por reglamentos propios y totalmente diferentes a los del derecho sucesorio.

Siendo así que la muerte del sujeto del derecho no extingue el mundo de relaciones jurídicas que le correspondían en vida, que es lo que en resumen interesan en el caso, de allí que se afirme que la sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona fallecida a un nuevo sujeto y el caudal hereditario está formado por los derechos, obligaciones y situaciones jurídicas transmisibles, según los diferentes ordenamientos jurídicos. En esa línea, el Código Civil de la República de Panamá, en su artículo 628, expresa que:

“La Sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”.

Nuestro Código Civil nos define la sucesión en su artículo 628, como “la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”.

Llámesese heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título singular.

Suárez Franco dice: “La sucesión, va íntimamente relacionada con el concepto de patrimonio, entendiéndose por tal, el conjunto de relaciones jurídicas radicadas en la cabeza de una persona y que son susceptibles de valoración económica. El término relaciones jurídicas comprende tanto los derechos apreciables en dinero como las obligaciones que son objeto de valoración pecuniaria” (Suarez, F. R. 2003, Pág. 3)

Lo expresado significa, que el patrimonio es el conjunto de bienes y derechos, cargas y obligaciones, pertenecientes a una persona, física o jurídica. El patrimonio está representado por cosas tanto corporales como incorporeales, por derechos reales, de créditos y acciones conexas.

1.5. CLASIFICACIÓN

Al referirse a la forma como se divide la sucesión, es de rigor advertir que la misma puede ser de diversas clases, a saber: “entre vivos o mortis causa, según sus efectos se produzcan en vida o a partir de la muerte; universal o singular, cuando el objeto es una universalidad o un bien singular; traslativa o constitutiva, según el transmitente deje de ser o no titular del derecho; voluntaria o necesaria, cuando obedece a la voluntad particular o legal; definitiva o provisional, cuando se encuentra libre o sujeta a condición extintiva, etc.” (Lafont, P. 2006, Pág. 3). De allí que se observe que lo que se da no es sucesión sino una restitución o devolución, en el caso de cumplirse la condición resolutoria para que el bien retorne al anterior propietario.

Otro criterio que al respecto se plantea es el que señala que atendiendo a los bienes, la sucesión por causa de muerte, se clasifica en “a título universal” y “a título particular”. En cuanto a título universal se refiere, ésta contempla el total de los bienes, derechos y obligaciones o una parte contenida exactamente en cierto número de veces en un todo; que en su defecto se denomina “herencia”.

Refiriéndose a la clasificación de las formas de sucesión y en atención a la manera como se transmiten los derechos y de acuerdo al hecho en el que se fundamenta la transmisión, se identifica como Sucesión Intervivos, aquella en la que: “los derechos se transfieren entre personas vivas (en principio es a título

particular) se transfiere un determinado derecho y no una universalidad, presupone un acto bilateral que se constituye por dos acciones.

“Por un acto de disposición del sujeto que es titular del derecho y, por un acto de voluntad del adquirente, lo que configura la unidad jurídica del negocio (oferta y aceptación).” (Arosemena T., 2007, Pág. 10).

También se identifica la sucesión “por causa de muerte” o “Mortis Causa” como un modo de adquirir o suceder en una relación jurídica”.

Es decir, los derechos de una persona son susceptibles de transmisión, al ser transferidos por causa de muerte del titular. Así está estipulado en el art. 628 del Código Civil.

La sucesión a título particular, tiene relación con aquellos bienes, cosas o servicios singulares que se obtienen con un determinado o determinable valor, sin referirse a la totalidad del patrimonio; ello se conoce como “legado”. Tema este que será desarrollado con posterioridad.

En este aspecto, se señala que, al sucesor a título universal, llamado también heredero, debe responder por todos los compromisos o deudas que mantiene el fallecido, de ser posible con su propio patrimonio “ultra vires hereditatis”, a contrario sensu el sucesor a título particular, a quien se le denomina legatario, no se le exige responder de las cargas de lo heredado, si hay ambos sucesores universales y legatarios.

Ahora, si se refiere a lo relacionado con el título que las origina, se va a observar dos grandes formas de transmisión por causa de muerte, según se distinguen: la “sucesión voluntaria” y la “sucesión legal”. En cuanto a la sucesión voluntaria es la que se realiza por voluntad del causante, otorgada en vida por testamento,

contrato o pacto sucesorio, la cual siempre es concreta. En el caso de la sucesión legal, ésta es la que efectúa la ley directamente, y que en todo caso llega a ser abstracta.

También se indica que la sucesión puede ser deferida de manera voluntaria o legal, ya que el principio de divisibilidad de los fundamentos de vocación o compatibilidad de las clases de sucesión, se rigen por el derecho moderno; ello se conoce como sucesión mixta.

Es importante destacar en este sentido, que la legislación panameña prohíbe los pactos sucesorios en forma absoluta, el cual se fundamenta en el criterio de que la convención es contraria al principio de la revocabilidad, como elemento característico. El Artículo 1122, c.c.p., dice:

“sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos, que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al Artículo 912”.

Se dice que es controvertible que, en nuestro derecho común vigente, el único modo válido de adherirse al dictamen de otro, por la sucesión voluntaria, sea el testamento.

Ahora, en cuanto al principio de la libertad absoluta de testar, consagrado en el artículo 778, la legislación panameña no acepta la sucesión forzosa o necesaria; ya que en el artículo 629, el Código Civil patrio se limita a formular una clasificación simple, tal como sigue:

“La sucesión se llama intestada, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre, manifestada en testamento

válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre, en una parte, y en otra por disposición de la ley”.

Tal como preceptúa nuestro ordenamiento jurídico, la sucesión por causa de muerte se clasifica en sucesión testamentaria o voluntaria, sucesión intestada o legal, y sucesión mixta, una parte testamentaria y otra parte intestada.

Al respecto, el artículo 658 del Código Civil Español, en cuyo cuerpo de leyes está inspirado el Código Civil Panameño, hay que señalar que tanto tratadistas como legislaciones modernas admiten, en principio, el predominio de la sucesión voluntaria sobre la sucesión legal; pues, dicho artículo expresa textualmente:

“La sucesión se defiende por voluntad del hombre manifestada en testamento, a falta de éste, por disposición de la ley”.

1.6. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO SUCESORIO

Al presentar un planteamiento sobre las teorías relacionadas con el fundamento de la sucesión por causa de muerte, es de rigor indicar que no debe haber motivo alguno de confusión con las teorías sobre la forma de llevarse a cabo un poder de disposición de bienes por testamento. Igualmente, no se deben identificar las teorías de la sucesión mortis causa con las del acto jurídico que les sirve de instrumento.

Para ampliar sobre el aspecto, causa de este análisis, se presentan tres (3) grupos de éstas teorías que son: las negativas, las armónicas o eclécticas y las positivas.

1.6.1. TEORÍA NEGATIVA

El comunismo y el socialismo son ejemplos de teorías negativas, en las cuales concurren todas las corrientes ideológicas tendientes a suprimir la propiedad privada. Estas corrientes, coinciden en negar la razón de ser de la sucesión por causa de muerte, al no permitir espacio alguno de sucesión, pues, adverso a ello, abogan por que la sociedad sea la única con derechos a recibir los bienes como recompensa por los servicios que ésta presta.

A criterio de La Salle, tomando como fundamento la teoría negativa el derecho de sucesión se fundamenta en dos ideas anticuadas: 1- la absurda continuación de la voluntad del muerto y, 2- la copropiedad aristocrática de los bienes de la familia romana; hay que destacar que éstas en su momento, eran corrientes ideológicas colectivistas en defecto de limitar la propiedad privada, ya que en todo caso es la sociedad quien debe recibir los bienes del difunto; por tanto esta posición ha sido superada en todas las legislaciones.

1.6.2. TEORÍA ARMÓNICA O ECLÉCTICA

Con relación a este segundo grupo de teorías se dice que estas, por una parte, niegan toda fundamentación a la sucesión voluntaria pero, por otro lado defienden y aceptan la sucesión legal, nuestra legislación admite ambas formas de sucesión.

La posición de quienes son seguidores de las teorías armónicas manifiestan que ni puede ni debe darse la sucesión voluntaria por causa de muerte, debido a que, la muerte rompe o desestima todos los derechos del individuo y que, en todo caso, esa voluntad del propietario termina con la muerte. En conclusión, éstos señalan que en tal situación, la herencia quedaría en la condición de “Res Nullius”, es decir a una casa sin dueño; en todo caso, entonces, según la ley

serían los parientes más cercanos del causante quienes tomarían posesión de los bienes o la herencia.

1.6.3. TEORÍA POSITIVA

Este es el caso en las que se explica el fundamento de la sucesión “mortis causa”, a través de ciertos criterios para ambas formas de sucesión. Es decir, tomando en consideración el orden biológico, religioso o filosófico y el de una razón socio familiar resumida en dos planteamientos como lo son la organización familiar y el derecho de propiedad.

La teoría positiva defiende la admisión de la sucesión por causa de muerte; al igual que indican que sus defensores no reconocen un único y absoluto criterio, por el contrario, éstos sugieren una serie de teorías filosóficas – jurídicas. Con relación a la Organización Familiar, por ejemplo, es importante destacar que ésta se basa en el derecho de libertad individual y que sus grandes defensores han sido Hegel y otros.

Atendiendo al Derecho de Propiedad, se estima que la sucesión por causa de muerte encuentra su fundamento, en la facultad de disponer; “ius disponendis” la sucesión hereditaria es el modo de continuar y perpetuar la propiedad individual, ya que el fundamento de la sucesión no es ajeno al de la propiedad. El derecho de sucesión es inherente al derecho de disponer de los bienes que son propios; la sucesión es la manera de continuar y de que la propiedad individual privada, prevalezca, aún posterior a la muerte.

El Derecho de Propiedad, está íntimamente ligado con el derecho sucesorio, ambos cumplen una función social determinante; al respecto el artículo 44 de la Constitución Panameña, dice:

“La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe llenar”.

1.7. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO SUCESORIO

Remontarse a la historia del Derecho de Sucesión, significa recorrer la sociedad primitiva, Grecia, Roma, el derecho germano y el francés.

Desde que nace la escritura comienza la historia, donde la propiedad colectiva, régimen que existía en la etapa primitiva de los pueblos se convierte o se transforma en individual o privada, se admite, la primera forma de sucesión legal, la de “mortis causa”, y posteriormente se aceptó la sucesión voluntaria contractual o pacto sucesorio, y por último la sucesión testamentaria.

Es así como la historia cuenta que el transmitir los derechos por causa de muerte es tan antiguo como la Biblia.

1.7.1. DERECHO GRIEGO

En el Derecho Griego, es en Esparta y en Atenas como ciudades griegas principales, donde se admitió el testamento. En el año 249 a.C. aparece en Esparta, cuando el Magistrado Epitadeo queriendo desheredar a su hijo, propuso la ley al pueblo.

Solón, en Atenas, estimando más la amistad que el parentesco, la libertad de elección que el constreñimiento, quiso que fuera la hacienda la verdadera propiedad de quien la tenía. Platón, por su parte, sugería que se coartara la libertad de testar al recalcar los inconvenientes del testamento, en cuanto al estado de vejez o enfermedad.

Así, pues, en el Derecho Griego, son conocidas dos formas de testar como se distinguen: por un lado, la una ante todo un pueblo, y la otra, en presencia de uno o más amigos.

También, presentaba, este derecho dos características puntuales: una se refería a admitir el principio de la compatibilidad de los fundamentos de la vocación o llamamiento, que es la divisibilidad de los llamados parte testada, partes intestada; y la otra relacionada con conceder que la sucesión legal prevalecerá sobre la testamentaria, quedando así supeditado su ejercicio a la falta de hijos.

Esta última característica, señalaba que “las reglas del derecho sucesorio no derivan de un mismo principio, sino de dos bienes distintos y opuestos que han prevalecido sucesivamente en la historia del derecho y que precisamente las leyes de Solón tuvieron que combinar: el principio familiar de una parte, y el principio individualmente de la otra”.

1.7.2. DERECHO ROMANO

Al plantear un breve análisis sobre el Derecho Romano, es indispensable señalar que el testamento, en Roma, adquirió un cabal predominio al ser aplicado el principio de incompatibilidad o indivisibilidad de las clases de sucesión, el cual transcrito en el aforismo “nadie puede morir en parte testado y en parte intestado”, significando que la sucesión intestada sólo se producía en caso de que no existiese un testamento válido. De allí que, por reconocérsele como carácter excluyente a la sucesión testamentaria, la coexistencia de ambas clases de sucesión se imposibilitaba, al grado de que la posibilidad de una sucesión testamentaria excluía la sucesión legal.

En cuanto al Derecho Romano, además, existen ciertos principios básicos que lo caracterizan, como lo son:

La incompatibilidad o indivisibilidad de los fundamentos de la vocación o llamamiento.

La Unidad testamentaria. Esto indica que solamente un testamento es válido, siendo así que el último invalida los anteriores (Principio de Revocabilidad).

La esencialidad de la institucionalidad del heredero, lo cual era considerada fundamento de todo testamento.

Las XII Tablas de la Ley Mosaica, consagraba el principio aquel de que la voluntad del testador es Ley; lo cual generó tres categorías de herederos, así: los “sui heredes”, el agnado más próximo en su defecto; y los gentiles que formaban parte de la “gens”.

También se identifica, además de los principios básicos, la sucesión Legal o Legítima en Roma, y en cuanto a ésta se caracteriza en dos aspectos tales como:

Por un lado, se indica que la sucesión era forzosa para ciertos herederos legítimos y, por otra parte, se dice la sucesión es de carácter subsidiario o supletoria, es decir, que se aplica a la responsabilidad que suple una deficiencia, ello basado en cuatro supuestos; cuando no hay testamento, cuando es nulo, cuando se invalida y cuando el heredero no ha podido o no ha querido aceptar la herencia.

Sobre la trayectoria del derecho romano se afirma que fueron diversas las transformaciones por las que éste pasó, en cuanto que, las formas de testar, se transforman de actos públicos, en actos privados, motivando de esta manera

una consolidación plena hasta lograr eliminar el control social, poder que al aplicarse de modo absoluto, inclinaba la balanza a favor de quien se quisiera, sirviendo como medio para violar los derechos familiares, lo cual ocasionó, al final, una verdadera corrupción social.

1.7.3. DERECHO GERMANO

El Derecho Germano, se inclina a favor de la sucesión legal, fundamentada en el derecho de familia; es decir que el patrimonio era considerado correspondiente a los miembros de la familia quienes eran sus herederos forzosos.

Tantas situaciones se desarrollaron que la herencia fue normada en dos categorías de bienes, cuya transferencia se daba de manera distinta; es decir una era la de los bienes adquiridos por el difunto y transmitidos según el grado de proximidad del parentesco, y la otra la de los bienes propios, heredados de la familia y transmitidos a individuos de la misma línea, aunque no fuesen los más cercanos del difunto por razón de sangre.

En el antiguo derecho germano se desconocía el testamento, este no era admitido por los germanos ya que sentían cierta aversión hacia el mismo, pues era considerado un acto profano por cuanto se basaba en el aforismo de que: Sólo Dios puede hacer al heredero, no el hombre; y fue hasta la Edad Media cuando por influencia eclesiástica se inicia el desarrollo de los principios de la institución testamentaria.

Luego en la Edad Media, por influencia del derecho romano, se permite el testamento con la institución del heredero, imprimiéndole directrices propias al poder de esta disposición de bienes por testamento, admitiendo además, la compatibilidad de la sucesión voluntaria como la legal. Es así como el elemento

jurídico motivo de este análisis sigue su curso, hasta concluir con el Código Civil Alemán, en el que se reglamentó la sucesión por causa de muerte, en su Libro V y en el cual se establece la sucesión legal como la única posible; la determinación de los herederos por la línea del parentesco (a quien pertenecen los bienes) si son por la línea paterna o materna; y, la herencia sólo es en activos.

1.7.4. DERECHO FRANCÉS

Durante el periodo antiguo, se destaca, que el sistema sucesorio, así como otros aspectos jurídicos, eran regulados por la dualidad de los países de derecho escrito, por una parte, y los de derecho consuetudinario, por la otra; es decir por los del sur de Francia y, por los del norte de Francia y países bajos, respectivamente.

Es importante aportar que el Código Civil Francés de 1804, más conocido como el Código de Napoleón, establecía el mismo derecho hereditario para todos los hijos sin distinguir el sexo, y regulaba la distribución de la herencia por cabeza “in cápita” y por estirpe “in stirpes”.

1.8. CONFLICTO DE LEYES EN EL ESPACIO

En materia de sucesiones, han surgido siempre los conflictos de las leyes en el espacio, y es aquel que emana de las legislaciones de diferentes Estados, principalmente cuando las propiedades a heredar están dispersas en países que mantienen principios jurídicos desiguales.

Al plantear el aspecto que se refiere a los conflictos de leyes en materia formal, de las disposiciones testamentarias, se está en capacidad de señalar que casi

todas las legislaciones aceptan la regla “locus regit actum”, que se refiere a la conveniencia de que el testamento considerado válido por una de las leyes de conflicto sea, igualmente, estimado válido por todas las otras, y viceversa, queriendo indicar con esto que el estimado nulo por aquella, lo sea también por las otras; conociendo que la regla como tal “es el principio jurídico en virtud del cual, se entiende que los actos jurídicos han de ser regidos por la Ley del lugar de su celebración, y que está recogida por el Código Civil, cuando señala que las formas y solemnidades de los contratos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorgue”.

1.8.1. LEGISLACIÓN NACIONAL

Luego de haber planteado un breve recorrido sobre los antecedentes y evolución histórica de la sucesión en civilizaciones antiguas, se destacan también algunos principios y criterios de la Legislación Nacional panameña, por lo cual se resalta que nuestro Código Civil autoriza a los panameños a conceder un testamento, a quienes radican en la geografía fuera del territorio panameño, siempre y cuando sean sujetos a aquellos reglamentos que hayan sido establecidos por las leyes del país donde se encuentren en el momento de la sucesión, como se estipula en el artículo 765, llegando a confirmar de tal manera la regla “locus regit actum”, que generalmente está consagrada en el artículo 7 de la mencionada excerta legal, con la excepción de las que se establecen en los artículos 8°, 766 y 770 de dicho cuerpo de leyes.

Es así como y en relación con el contenido sobre las disposiciones de última voluntad, se dice que, a nivel nacional, prevalece el estatuto real “rei sitae”, o sea, la ley del lugar de dónde vienes, reglamentado para todos los bienes que

hubiese tenido el desaparecido en nuestra geografía nacional, sea su nacionalidad y domicilio al momento de producirse la situación.

El artículo 631 C.C.P., establece que: “El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, nacional o extranjero, en lo que respecta a los bienes de cualquier naturaleza existentes en Panamá, es regido por el derecho panameño, aun cuando el difunto al tiempo de su muerte estuviese domiciliado en país extranjero”.

“Con todo, tendrá fuerza legal en Panamá la sentencia sobre adjudicación de bienes dictada en país extranjero conforme a las leyes del mismo, a no ser que esté en conflicto con derechos fundados en la ley panameña, que se hagan valer ante los tribunales nacionales”.

1.9. CRITERIOS DIFERENTES ENTRE LA SUCESIÓN LEGAL Y LA TESTAMENTARIA

Puntualizando las diferencias entre ambas por causa de muerte, son varios los criterios que se presentan para la aplicación del derecho hereditario en el ordenamiento jurídico que norman las formas de sucesión por causa de muerte, entre las cuales se citan:

La sucesión testada tiene su origen en la voluntad del transmitente a través de un acto jurídico llamado codicilo, el cual es la ley de la sucesión.

La vocación testamentaria siempre es concreta, pero la vocación legal es abstracta, por ser cada uno llamado a pertenecer a la categoría establecida en la norma.

La sucesión testamentaria prevalece sobre la sucesión legal y se tiene como ley la disposición del causante.

En la sucesión voluntaria la designación se basa sólo en los vínculos de afecto y simpatía, en la sucesión intestada la decisión de los herederos se fundamenta en el vínculo por consanguinidad o por el matrimonial.

La sucesión voluntaria puede ser a título universal y a título particular, la sucesión legal siempre ha de ser a título universal.

La sucesión testamentaria es manifestación expresa de la voluntad del causante con relación al destino de los bienes de su patrimonio, la sucesión intestada es independiente de la voluntad real que el causante pudiera haber tenido. La Sucesión testada se basa en el testamento y en el hecho de muerte de la persona, la sucesión intestada se apoya en el vínculo de parentesco, e igualmente en el hecho de su muerte.

Por tanto, la primera requiere la certificación del acto jurídico testamentario y el certificado de defunción del registro civil y la segunda requiere la certificación del vínculo de parentesco y la certificación negativa notarial de no testamento correspondiente a cada notario de circuito.

CAPÍTULO II

LA HERENCIA

2.1. CONCEPTO

Atendiendo a la definición que plantea el Diccionario Jurídico, de Fernando Gómez de Liaño, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

“Constituye, por lo tanto, la herencia, a la vez que un modo de adquirir el patrimonio del difunto, una abstracción, una idealidad jurídica, una cosa incorporal, o sea un derecho que comprende el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, que recaen sobre cosas materiales o inmateriales que constituían el patrimonio objeto de la sucesión”. (Suárez Franco, R. 2003, pág.25)

Ahora, desde el prisma del sentido original del vocablo herencia, etimológicamente, se deriva del latín “hereditas” que a su vez viene del término “heris”, para referirse al dueño de la herencia. En esta misma línea y según el Dr. Demófilo De Buen, antes de la muerte no existe herencia, sino el patrimonio

de una persona viva; por tanto señala, no es correcto o resulta impropio hablar de herencia no deferida o futura.

El Código Civil Colombiano, artículo 665, establece que: Derecho real es el que tenemos sobre una cosa respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.

La posición doctrinal con relación a la palabra herencia afirma CLARO SOLAR y considerada subjetivamente, representa el acto de heredar y equivale a sucesión; y considerada objetivamente, representa la universalidad del patrimonio o conjunto de derechos o relaciones patrimoniales que constituyen su objeto; es este último el significado más directo y correcto de la palabra herencia.

Constituye, pues, la herencia, a la vez un modo de adquirir el patrimonio del difunto, un derecho que comprende el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, que recaen sobre cosas materiales o inmateriales y que constituían el patrimonio objeto de la sucesión.

2.1.1. HERENCIA SEGÚN EL CONCEPTO ROMANO

Para el derecho romano, la herencia es la sucesión en el complejo de las relaciones jurídicas del difunto.

Por su contenido, la herencia se caracteriza por dos aspectos; un significado objetivo y otro subjetivo. En cuanto al significado objetivo, éste se presenta como conjunto de las relaciones jurídicas del difunto, en cuanto viene representado por la persona que sucede. El segundo aspecto, el subjetivo, se señala que deja entender a la herencia como los derechos del sucesor para representar al difunto en el conjunto de su patrimonio.

2.1.1.1. IMPLICACIONES DEL CONCEPTO ROMANO

Como implicaciones del concepto romano de herencia, se pueden mencionar las siguientes:

No comprende los derechos intransmisibles que se extinguen con la muerte del sujeto.

Se produce una sucesión universal inmediata, en cuanto que el sucesor, a la muerte del antecesor o causante, asume la titularidad de éste.

Como consecuencia, el patrimonio del heredero y el del difunto se confunden, siendo así que, en el caso del legado, éste se remonta a la figura del fideicomiso.

Por otra parte, y en cuanto a la herencia en el derecho romano, lo relevante no es la condición de heredero; porque se señala al respecto dos criterios: uno que la incluye a título universal y a título particular, (esto en sentido amplio) y, el otro que comprende la herencia solamente a título universal (o sea en sentido restringido).

2.2. HERENCIA EN EL DERECHO GERMANO

Se destaca, en este orden, que hay tantas herencias como tipos de bienes tuviera el causante, si se toma en cuenta de dónde procede o cómo fue adquirida por parte del titular, y si el destino de la titularidad jurídica responde a la línea materna o paterna.

En el sistema germánico, se indica que pudiera haber, en relación de una misma persona, tantas “universitates iuris” y, tantas herencias por cuantas categorías de bienes patrimoniales se constituyan.

Para los germanos, la herencia es el activo neto o saldo favorable si lo hay; es el resto o excedente que queda, luego de pagadas las deudas del causante; en ella no hay Unidad Patrimonial.

Según el Derecho Germano y con respecto a la herencia, señala que se caracteriza por dos criterios.

Por un lado, si los bienes son obtenidos personalmente por el causante, sus sucesores son diferentes, y,

Por el otro, si los bienes provienen de la madre o del padre, rige la troncalidad del vínculo filial para suceder.

2.3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE HEREDAR

El derecho de sucesión como tal está revestido de diferentes características las cuales le son propias; y entre ellas podemos mencionar: es un derecho real, incorporal, patrimonial, de orden público, individual, indivisible, sucesivo y cesible.

2.3.1. ES UN DERECHO REAL

La herencia es un derecho real que se ejerce sobre la universalidad de cosas, la persona adquiere el dominio por sí mismo, sin necesidad de tradición. El derecho real de herencia está profundamente vinculado al derecho de propiedad, y revestido de los atributos de persecución y preferencia. Persecución, porque cuando el heredero o legatario comparece ante el órgano competente, su comparecencia se traduce en una acción de petición ya que nadie acude a un proceso sucesorio si no es motivado por una acción de petición ya sea a favor o en contra; y con respecto al atributo de preferencia lo encontramos en la

oportunidad que tiene el causahabiente o legatario en proteger su derecho y poder acudir al proceso sucesorio y obtener una posición de preferencia con respecto a un tercero o con respecto a personas que han obtenido un reconocimiento anterior.

2.3.2. ES INCORPORAL

Es de naturaleza incorporal, es decir no se puede tocar, y se proyecta sobre una universalidad de bienes o cuota de ellos, pero sin determinar a quién le corresponde el derecho hasta cuando se haga la partición de ley si es que no hay acuerdos extrajudiciales. Estos tipos de bienes tienen una existencia abstracta creada por el hombre y reconocida por la ley; son meros derechos que no pueden ser captados por los sentidos, sino que pertenecen a una categoría que está en el campo de los conceptos, pero esta independencia no los hace diferentes a los derechos reales en el sentido de que se pueden tener.

El derecho de herencia además es perpetuo, pues perdura en la cabeza del heredero; en otras legislaciones la ley pone tiempo para ejercerla, al cabo del cual prescribe por no ejercerse. Nuestro Código Civil artículo 1673 al respecto manifiesta: “La prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.”

2.3.3. EI DERECHO DE HEREDAR ES PATRIMONIAL

El derecho de heredar es un derecho patrimonial; por ello, el derecho de herencia es considerado a título oneroso y a título gratuito. Corresponden a este género los bienes formados por los derechos reales, derechos personales, derechos universales, más no los derechos inmateriales. El patrimonio es el conjunto de

bienes, derechos y obligaciones avaluables en dinero, de que es titular una persona natural o jurídica. Patrimonio viene del latín *patrimonium*, que significa conjunto de bienes derivados del padre o de un antepasado. En todo patrimonio existe la responsabilidad de responder por las deudas contraídas por su titular; es así que cuando una persona muere todos sus derechos patrimoniales pasan a sus herederos en forma universal y esta universalidad es conocida como herencia.

Para efecto del reconocimiento de la deuda hereditaria, en nuestro derecho el silencio implica aceptación a título de inventario, en otras legislaciones como la colombiana el silencio implica aceptación general; por ello es que cuando el pasivo suma más que el activo se debe renunciar a la herencia.

2.3.4. ES DE ORDEN PÚBLICO

Independientemente de que el causahabiente desconozca que se le ha deferido la herencia, ya sea porque desconoce la muerte del causante o ignore su calidad de heredero y aunque el heredero repudie la herencia este acto no desnaturaliza la circunstancia de ser de orden público. Por el sólo hecho de existir la vocación herencial se produce el llamamiento jurídico y con ello la posesión legal de la herencia. El llamamiento que por ley se le hace al heredero para que manifieste si acepta o repudia la herencia es concomitante con su posesión legal y se realiza *ipso jure*. Producto de ello en nuestro derecho la aceptación de la herencia puede hacerse pura y simple o a beneficio de inventario; si ello no fuere así el heredero puede verse perseguido por acreedores del de cujus, con las implicaciones que ello trae. En la legislación colombiana el heredero, sea en una sucesión intestada o testamentaria, si fuere perseguido por acreedores del causante, tiene que repudiar la herencia, porque su silencio podría interpretarse

como aceptación tácita. En el derecho panameño la aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita. Con respecto a la aceptación expresa o tácita nuestro Código Civil Artículo 883 dice: “Expresa, es la que se hace en documento público o privado. Tácita es la que se hace por acto que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con calidad de heredero. Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ello no se ha tomado el título o la calidad de heredero”.

En nuestro derecho la aceptación de la herencia se da pura y simple o a título de inventario, tal como lo preceptúa el artículo 882 de nuestro Código Civil.

La aceptación pura y simple significa que se está aceptando la totalidad de la herencia y no parcialmente, y esta aceptación implica que el heredero es responsable de todas las cargas de la herencia, lo que significa que con sus bienes está obligado a pagar las acreencias del causante. Es por ello que la ley prevé la aceptación a título de inventario, lo que implica que el heredero no está obligado a pagar las deudas y demás cargos de la herencia, sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma, tal como lo dispone el artículo 894 de nuestro Código Civil.

2.3.5. LA POSESIÓN LEGAL DE LA HERENCIA ES DE CARÁCTER INDIVIDUAL

El heredero o los herederos por el hecho de estar revestidos de ese carácter, es decir, contar con vocación hereditaria, tienen el llamamiento a la posesión legal de la herencia, según el orden prediseñado de ley para suceder ab intestato, o con arreglo a lo dispuesto por el de cujus en su disposición testamentaria; de manera que el heredero o los herederos dentro de la masa herencial actúan individualmente; lo que equivale a decir que nadie puede heredar por otro, cada

uno actúa bajo su propia individualidad; es lo que se conoce como legitimidad jurídica para actuar. Artículo 652 CC dice: En las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos que deba tener lugar. La vocación hereditaria no es transmisible; es autónoma del individuo, no puede ser compartida. El derecho de representación no elimina la vocación hereditaria, la proximidad de la relación parental se determina por el número de generaciones.

2.3.6. LA POSESIÓN LEGAL DE LA HERENCIA ES INDIVISIBLE

Cuando existan varios herederos, ya que todos están revestidos de tal carácter, todos poseen la posesión legal de la herencia y todos heredan en partes iguales si están dentro de un mismo orden hereditario. No se puede sectorizar o a fraccionar la herencia para apreciar quién lleva mayor cuota parte; esto es lo que le da su carácter de indivisibilidad, con exclusión en el derecho de representación, en la sucesión de los colaterales y en la sucesión del cónyuge. Existe entre coherederos una comunidad universal de la que todos tienen la posesión legal de la herencia, situación que perdura hasta que se dé la partición de la herencia judicial o extra judicial. Ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión, sea en la sucesión testada o en la ab intestatio.

2.3.7. LA POSESIÓN LEGAL DE LA HERENCIA ES SUCESIVA

La persona que muere intestada puede dejar muchos herederos. En nuestro ordenamiento en algunos órdenes sucesorales no se especifica hasta qué grado se puede heredar y cuando no hay herederos hereda el Municipio donde tuvo su último domicilio el difunto; y si se fallece testado, el testador dispone de sus

bienes a título de herencia o de legado. Esto determina que el llamamiento por ser individual se irá efectuando en forma sucesiva a favor de quien tenga preferencia conforme a las reglas relativa a la sucesión intestada.

Una vez solicitada la apertura de un proceso sucesorio el juez dictará un auto en donde se declara que se abre la intestada y hace la referida declaratoria de que son herederos sin perjuicio de terceros, las personas que hubiesen probado sus derechos. El carácter sucesivo lo determina el derecho, tomando como punto de partida las reglas relativas a la sucesión intestada.

2.3.8. LA POSESIÓN LEGAL DE LA HERENCIA ES CEDIBLE

La posesión legal de la herencia no faculta al heredero, ni aún en herencia integrada por un solo bien, para realizar la tradición. Pero como derecho patrimonial que es la herencia, el heredero puede cederla a cualquier título. Si se tratare de un contrato oneroso que el causahabiente celebre sobre bienes de la herencia, es un contrato solemne que para su validez requiere el cumplimiento de las solemnidades que le son propias. En conclusión, la sucesión por mortis causa se caracteriza por lo siguiente: es un hecho jurídico, recae sobre el patrimonio del causante; además incluye todos sus bienes presentes y futuros y sus deudas. Se fundamenta en la familia, implica continuidad entre el de cujus y el sucesor en la titularidad de las relaciones activas y pasivas, es derivativa y su efecto es traslativo, es a título gratuito y su finalidad es incrementar los bienes patrimoniales, dependiendo de la voluntad del llamado.

Podemos concluir que la sucesión por causa de muerte presenta las siguientes características: Es un hecho jurídico, recae sobre el patrimonio del causante y sus deudas, se da únicamente entre la familia o el Estado, implica continuidad

entre el causante y los asignados a la relación jurídica, es de adquisición derivativa y de efecto traslativo, se da a título gratuito, y puede incrementar o disminuir el patrimonio del llamado, dependiendo de la voluntad del asignado.

Para Pedro Lafont Pianetta, los derechos sucesorales presentan las siguientes características:

1. Se adquieren mortis causa.
2. Su adquisición es a título gratuito, con la salvedad de que el legado puede tener causa onerosa.
3. Son patrimoniales y en consecuencia, cedibles, transmisibles y perseguibles.
4. No son renunciables porque una vez aceptados quedan como irrevocables.
5. Su adquisición es voluntaria (salvo casos concretos de aceptación forzosa de herencia o legado), pero irrevocable.
6. Otorgan el status jurídico de asignatario heredero.
7. Es absoluto o erga omnes;
8. Es inajenable e imprescriptible, a pesar de que se puedan extinguir por prescripción.

2.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO HEREDITARIO

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho hereditario se dice que ésta tiene cierto contraste con las ideas sobre la adquisición de la herencia. Sin embargo, el derecho hereditario en el sistema romano es considerado como un derecho real por cuanto se exige la aceptación como condición para adquirir la herencia; mientras que en el sistema germano se estima el derecho hereditario como un modo de adquirir el dominio, ya que la herencia se concede por el sólo hecho de

la muerte. Ahora, entre estas dos posiciones se plantea cierta diferencia, que consiste en que en cuanto al derecho de adquirir la herencia éste se ejerce sobre una universalidad jurídica, mientras que, en el modo de adquirir el dominio, éste pesa sobre cosas corporales o incorporeales individualizadas.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho hereditario se identifican algunas características por ejemplo, se dice que es real porque se ejerce sobre la masa herencial; que es incorporeal, pues, se proyecta sobre una universalidad de bienes sin determinar el derecho hasta que no se efectúe la partición; que es perpetuo, ya que permanece en la mente del heredero, al menos por diez años, y que si no se ha ejercido el derecho este prescribe; y es patrimonial porque es accesible a cualquier título, sea por vender los derechos, o por transferir gratuitamente el título, que en suma es la forma o modo jurídico de adquirir los derechos personales; y en virtud a la coercibilidad del derecho las normas jurídicas generalmente son imperativas y excepcionalmente supletivas y de carácter mixto.

2.4.1. LA IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS SUCESORALES

Son de forzoso cumplimiento los siguientes aspectos procesales sucesorales: el procedimiento en los diferentes tipos de sucesión (testada e intestada), los requisitos para suceder, las reglamentaciones esenciales de las diversas asignaciones testamentarias, las asignaciones forzosas, las regulaciones del desheredamiento, revocación y reforma del testamento, lo establecido en la norma sobre la apertura de la sucesión (apertura, aceptación, repudiación, etc.) y partición de la herencia.

Generalmente con el testamento se pierde en ciertos casos la imperatividad de las normas sucesorales.

“Mediante el acto testamentario no se puede cambiar la forma de revocar un testamento anterior, consagrar la irrevocabilidad testamentaria, crear o adicionar causales de desheredamiento, suprimir cualquier acto de partición o adjudicación, establecer momento de apertura sucesoral, crear una nueva forma de suceder mortis causa, variar los órdenes sucesorales, o las personas que lo componen, crear o suprimir requisitos para suceder, determinar la eficacia del testamento antes del fallecimiento del testador, etc. En cambio, hay ciertas cosas que, a pesar de mantener una relación con estos aspectos, pueden ser ventiladas testamentariamente, como sería, por ejemplo, elección de la causal de desheredamiento, hechura de la partición testamentaria, revocar o no un testamento anterior, perdonar al indigno, colocar término, condición o modo a las asignaciones testamentarias, etc.”

2.4.2. NORMAS SUCESORALES SUPLETIVAS Y DE CARÁCTER MIXTO

La supletividad de las normas sucesorales, implica que pueden sustituirse total o parcialmente por disposición testamentaria. Por ejemplo, las que otorgan facultades al testador con relación a las asignaciones testamentarias y la de impedir el acrecimiento mediante la sustitución, etc.

Existen normas sucesorales que llevan inmersas ambas características, es decir que son imperativas en cuanto no pueden ser violadas por el testador y

pueden ser supletivas en cuanto que por disposición testamentaria pueden ser ampliadas.

La disposición normativa no prohíbe dejar una asignación superior a la que forzosamente exige la ley, siempre y cuando la misma sea acorde con los preceptos legales testamentarios.

2.5. DERECHO DE HERENCIA

El Derecho de herencia es de carácter universal, sea o no heredero de todo el patrimonio del causante o a parte de éste. En el Derecho, la herencia es un acto de carácter jurídico a través del cual una persona que fallece transmite sus bienes, derechos y obligaciones (deudas) a otra u otras personas, que se denominan herederos, y esta es la persona física o jurídica que tiene derecho al total o a una parte del patrimonio del causante.

A tal derecho se le adjudican dos sentidos: uno objetivo que equivale a masa herencial, el cual a su vez tiene dos significados; uno amplio y el otro restringido. En cuanto al sentido amplio está constituido por el conjunto de reglas que regulan tanto la sucesión universal como a la particular. Con respecto al sentido restringido, se dice que es el conjunto de normas que reglamentan la sucesión universal, solamente.

En relación al sentido subjetivo, es el que tiene un titular y que en tal caso suele ser la persona a quien la ley o el testamento le ha concebido el status de heredero; o sea que es el que a una persona le corresponde sobre la totalidad del patrimonio, si es única; o sobre una parte alícuota ideal, si son varios; siendo

que, al aspecto subjetivo, al sucesor (es) se le atribuyen tres facultades, de acuerdo con los criterios de la Profesora de Troitiño, a saber:

El *ius delationis*, se refiere al poder legítimo que tiene el heredero para adquirir o renunciar a la herencia, esta facultad está incluida en la herencia yacente. El *ius successionis* o *ius hereditatis*, es la potestad de ser heredero “*Erga Omnes*” – (para referirse a la eficacia que tienen ciertos actos frente a todos, aún aquellos que son parte en los mismos), es decir para mantener o ejercer la cualidad de heredero.

El “*in abstracto*”, es el que plantea el derecho hereditario por antonomasia, o sea que este es el derecho que tiene el heredero o herederos, antes de la división y adjudicación de la herencia.

Según el mismo sentido subjetivo del derecho hereditario, Rogerio de Ma. Carrillo, indica que en este caso tiene dos significados: en primera instancia la facultad legítima para adquirir la herencia “*ius delationis*”; y en segundo momento la facultad legítima de ser heredero y mantenerse en esta cualidad, con todas sus consecuencias, frente a los demás “*ius successionis*”, “*ius hereditatis*”.

Luego el derecho hereditario “*in abstracto*”, que según el mismo Carrillo es el criterio doctrinal que lo estima como el derecho hereditario por antonomasia, igual como lo apunta la Profesora Troitiño.

Además, se señala que la simple perspectiva o expectativa de un derecho a suceder no se considera derecho hereditario.

2.6. ELEMENTOS DEL DERECHO HEREDITARIO

Los elementos del derecho se clasifican en personales, reales y formales en las sucesiones mortis causa; y existe también la expectativa del derecho hereditario que consiste en aquella probabilidad de tener la simple “designación” como heredero, ya sea en el testamento o por ley; esto es sólo una expectativa, pues no se produce el derecho hereditario ya que lo que se requiere es la muerte del causante que es la que genera la apertura de la sucesión y aceptación para adquirir tal derecho.

Los elementos personales del derecho hereditario, se refieren al título transmisor que es llamado causante; y el que adquiere los bienes del causante es conocido como sucesor, heredero, causahabiente, etc.

Los elementos reales son los títulos jurídicos del heredero, sobre todo aquellos que se refieren a las relaciones patrimoniales – reales y de crédito, activas y pasivas.

Los elementos formales, comprenden los títulos de la sucesión y no la aceptación del heredero.

2.7. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN

Los elementos de la sucesión se mantienen desde la época romana hasta nuestros días, y son de carácter universal, ello comprobado mediante el derecho comparado.

Entre ellos podemos mencionar:

2.7.1. LA HERENCIA

La herencia está constituida por los bienes patrimoniales del de cujus, llámese derechos reales, personales, inmateriales y universales. La herencia es una

universalidad jurídica compuesta por el patrimonio que deja el difunto a los causahabientes. La herencia es aquel derecho universal que tiene una persona heredera o no, a todo o parte del patrimonio del causante.

Debe existir una relación entre el causante y la herencia, en el sentido de que aquel debe ser el titular de todos y cada uno de los derechos que con su muerte van a integrar la herencia; e igualmente una relación entre el causante y el asignatario, ya que este será el sucesor de aquel en todo o parte de sus derechos con sus mismas cualidades y vicios, y nunca en mejores condiciones que su autor.

“La herencial se encuentra constituida por todo aquello que conforma el patrimonio transmisible del causante, trátase de derechos reales, personales, inmateriales y universals, o bien de ciertos derechos con características patrimoniales dominantes, tal como acontece con el derecho de explotación del nombre, de la voz, de la figura, etc.” (Lafont Pianetta, P. 2006, Pág. 164)

El derecho a la herencia es un derecho subjetivo y como tal es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que los seres vivos adquieren de sus progenitores ya sea designada por el testador en testamento y si es intestada mediante ley.

El patrimonio está compuesto de dos partes: los bienes que constituyen el activo y las deudas o el pasivo. Mientras viva el dueño del patrimonio, el o los herederos tienen derecho no sólo de sus bienes presentes, sino también a sus bienes futuros.

Corresponde a este género, los activos y pasivos que conformaban el caudal hereditario, el cual era llamado por los romanos *as*, con lo que le daban

configuración monetaria que lo asemejaba a la moneda romana. Conjunto de bienes propios que tiene una persona, adquirido a cualquier título.

El patrimonio está compuesto por el conjunto de derechos reales, personales (obligaciones o crédito), derechos universales (herencia) y los derechos inmateriales como el derecho de autor, todos ellos avaluables en dinero, del que es titular una persona sea natural o jurídica. Etimológicamente el concepto patrimonio proviene del latín *patrimoniun*, que significa conjunto de bienes derivados del padre o de un antepasado. En todo patrimonio existe un pasivo y un activo, por ello doctrinalmente se dice que los derechos personales o de crédito están inmersos en dos patrimonios, en el patrimonio del acreedor que lo constituye el activo y en el patrimonio del deudor que lo constituye la parte pasiva. Los bienes patrimoniales están sujetos a disposiciones jurídicas que implican la obligatoriedad de responder por las deudas contraídas por su dueño; por ello es que cuando una persona muere toda su universalidad pasa a los herederos en forma generalizada.

Respecto a la universalidad la doctrina dice que es el conjunto de cosas perteneciente a una persona vinculada entre sí por una destinación económico-jurídica que se trasmite por un sólo acto sin necesidad de determinar cada uno de los elementos, es decir que forma un todo como es la herencia, la sociedad conyugal, etc.”

El patrimonio es exclusivo de la persona y toda persona tiene un patrimonio, se dice que el patrimonio es la proyección de la personalidad.

2.7.2. EL CAUSANTE O DIFUNTO

Conocido como el finado, fallecido, intestado, causante, de cujus, heredado, transmitente. Conocido entre los romanos como *defuntus*, *mortus*. Es esta la persona que transmite los derechos sucesorios al heredero; estos conceptos son equivalentes. Con respecto a la expresión latina de cujus, ésta es una elipsis de la frase *is de cujus sucesione agitur* (persona de cuya sucesión se trata).

El causante es una persona natural que falleció o fue declarado judicialmente muerto. Cuando se habla de causante se refiere a la persona de cuya sucesión se trata, en el derecho panameño para que se abra y se dé la transmisión en la sucesión es necesario que el causante posea un patrimonio; abierta la sucesión nace para el heredero o herederos, el derecho a colocarse por disposición de ley en el lugar del causante.

De cujus, causante, difunto son expresiones equivalentes.

Como posemos observar, el causante viene a ser la persona que, por causa de su muerte, deja para otro u otros los activos y pasivos que componen la herencia. No hay la menor duda que es aquella persona que tiene el deseo de transmitir sus bienes a quien le parezca mejor.

Nuestro Código hace referencia al término causante en el artículo 630 del Código Civil, cuando nos dice: “La sucesión o derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones intestadas como en la testamentaria, desde la muerte del causante de la sucesión, o por la presunción de la muerte por los casos prescrito por la ley”.

2.7.3. EL HEREDERO O ASIGNATARIO

Una vez fallecido el causante, se produce lo que se llama la herencia yacente, esto no significa que no haya heredero, porque siempre va a existir una persona

sea natural o jurídica que, por disposición legal, o disposición testamentaria ocupará el lugar del causante; esta persona que recibe los bienes del difunto u ocupa su lugar respecto a los bienes recibe el nombre de heredero, adquirente, sucesor, causahabiente o asignatario.

El asignatario es la persona física a quien el testador o la ley le hace la asignación.

Para ser asignatario es necesario reunir las siguientes condiciones: capacidad, vocación, y dignidad sucesoral. Estas condiciones están fundamentadas en la ley, por lo tanto, el testador no puede modificarlas.

2.8. SUJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO

El Doctor Jacinto Espinosa taxativamente menciona los siguientes:

1º El causante de la sucesión mortis causa. El de cujus es quien origina por el hecho de su deceso o fallecimiento la relación jurídica de transmisión patrimonial a sus herederos o legatarios, bien sea que los ha designado mediante testamento o en su defecto corresponderá lo que indica el Código Civil de Panamá, según el grado de parentesco más próximo, ya sea que no hay testamento o existiendo, es declarado nulo. Este sujeto siempre será persona natural singular.

2º El o los herederos. Estos vienen instituidos, bien sea por propia voluntad del causante en virtud de testamento o en su defecto por orden de ley según el grado de parentesco más próximo, es decir, ab intestato.

3º El o los legatarios. Estos son designados únicamente por el de cujus, no se dan en la sucesión intestada, se trata de una figura jurídica propia de la sucesión testada, es llamado por la voluntad del causante en virtud de testamento (Ver artículo 818 y s.s. del Código Civil)

4º El o los albaceas. Este es designado por el testador para que se encargue de velar por la ejecución y cumplimiento de su última voluntad plasmada en testamento, se trata de una figura jurídica propia de las testamentarias, excepcionalmente se da en la intestada. Este puede tener funciones asignadas de administrador e inclusive de partidador, tendrá las funciones que el testador le haya asignado, en su defecto tendrá las asignadas por disposición de ley, como son las siguientes: a. Disponer y pagar el funeral del testador según disponga el testamento o bien según las costumbres del domicilio del testador; b. pagar los legados con conocimiento de los intestados y autorización judicial; c. vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento y defender la validez del mismo en juicio o fuera de él, d. tomar las medidas necesarias para la conservación física y jurídica, así como la custodia de los bienes con la participación de los herederos y legatarios presentes.

5º Los partidores de la herencia. El testador puede perfectamente designar en el testamento la persona a quien corresponderá llevar a cabo la partición de los bienes que conforma el haber hereditario, la cual ha de ser judicial o extrajudicial según exista o no herederos menores de edad, incapaces o ausentes (artículos 913 y 914 del Código Civil). De no haberlo hecho el testador le corresponderá a los herederos y si no se ponen de acuerdo deberán ir a la vía judicial para que a través de esta tenga, lugar la partición, en cuyo caso será judicial (artículo 615 del Código Civil).

6º Los acreedores de la sucesión. Estos deben hacer valer sus derechos que tengan contra la sucesión y que harán parte de los pasivos dejados por el difunto, siempre y cuando conste en títulos que tengan valor de título ejecutivo (artículo 1547 del Código Judicial). Estos tienen preferencia en el pago de las deudas hereditarias frente a los acreedores personales de los herederos.

7º Los acreedores de los herederos. Estos tienen el derecho a accionar contra bienes de la herencia, a propósito de la cuota parte que corresponda al heredero deudor, luego que se haya pagado a los acreedores de la masa hereditaria, pues estos últimos tienen preferencia en el pago que aquéllos. Para el caso que él o alguno de los herederos repudie la herencia en perjuicio de sus acreedores, estos vienen facultados para requerir al Juez que les autorice a aceptarla en nombre del heredero repudiante hasta el importe de su crédito (artículo 885 del Código Civil). (ESPINOSA, J. 2014, Pág. 25)

2.8.3. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO

El derecho hereditario está comprendido por una serie de acontecimientos, a los cuales se les conoce como fases o etapas de la herencia, y que son identificadas como: apertura de sucesión, la delación de la herencia y la aceptación o adquisición de la herencia.

La apertura de la sucesión y la delación de la herencia son instituciones jurídicas consecuentes que, se suscitan seguidamente o de inmediato al fallecimiento del causante.

En suma, la apertura de la sucesión es entonces un hecho jurídico, consecuente al fallecimiento del causante, que justifica la transmisión de su patrimonio a los herederos.

Además, sobre la noción de la palabra “delación” se dice que ésta proviene del verbo latino “deferais”, “deferere”, “detulis”, “delatum”, que significa dar, ofrecer, presentar.

Retomando el aspecto de las fases que constituyen el derecho hereditario, tenemos que:

- La apertura de la sucesión por muerte del causante, es aquella donde surge la vocación para un llamado a suceder.
- La delación de la herencia, se dice que es el llamamiento que se hace a la herencia, el cual lleva inmerso la capacidad para aceptarla o renunciar a ella.
- La adquisición de la herencia, ésta se refiere a la aceptación con la que se consolida el derecho hereditario, asumiéndose la condición de heredero.

De manera normal, el derecho hereditario se extingue con la repudiación o la no aceptación de la herencia.

2.8.3.1. LA FASE DE APERTURA DE LA SUCESIÓN

La muerte de una persona es lo que determina la apertura de la sucesión, que es lo que incide en la iniciación del proceso hereditario, ya que por lo general en toda defunción debe haber esta apertura de sucesión, de allí que:

El causante no amerita capacidad alguna, solo requiere tener un patrimonio.

Todo fallecido consta de un heredero, que en última instancia es el Municipio de su domicilio (art. 692 c.c.).

Según el ordenamiento jurídico, se asumen algunos tipos de muerte, como, por ejemplo:

La muerte física: con esto se inicia el proceso que proporciona un nuevo titular al patrimonio, ya que con ésta se extiende el certificado de defunción al extinguirse la vida.

La presunta muerte, con ésta la apertura de la sucesión se da, además, en el caso de la declaratoria de la presunta muerte civil (art. 59) y surte efecto seis (6) meses luego de que se publica en Gaceta Oficial. Se declara dicha muerte a través de una sentencia en firme, la cual al quedar ejecutoriada se produce el efecto jurídico de la apertura de la sucesión.

Relación entre muerte y apertura: se refiere a que la muerte del “de cujus” es la causa y la apertura es el efecto que se produce la apertura de la sucesión.

“Es importante destacar que tanto la apertura como la delación de la herencial ocurren en un mismo momento, hay una simultaneidad de ocurrencia de tales hechos, pues la apertura y la delación de la herencial se presentan con la muerte del causante, independientemente que se trate de un llamamiento testado o ab intestate. La delación arranca con el deceso y no antes, tiene necesariamente que mediar tal hecho previamente.” (ESPINOSA, J. 2014, pág.23).

La muerte simultánea o presunción de conmoriencia, es la muerte de dos o más personas que han de sucederse, y la determinación de quién de tales falleció primero, lo reglamenta el Código Civil (art. 46 c.c.p.).

En este mismo sentido se añade que el Código Civil Panameño se refiere, en su Artículo 630, a la apertura de la sucesión, en los siguientes términos:

“La sucesión o derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones intestadas como en las testamentarias, desde la muerte del causante de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescritos por la ley”.

Para fijar a quién compete la apertura de la sucesión, hay reglas establecidas en el artículo 261 del Código Judicial, en el que se encuentran disposiciones especiales que se aplican en un juicio de sucesión, así como el orden de preferencias para fijar la competencia del juez:

Ordinal 1: Es competente, el juez, para declarar abierto el juicio de sucesión.

Ordinal 2: El mismo es competente para “la declaración de herederos” igual para realizar las “diligencias de inventarios y avalúos de los bienes”.

Ordinal 3: En el caso de legado y fideicomisos, es competente aquel del “domicilio del fiduciario o del heredero a quien el testador haya encargado la entrega de ellos”.

Así, entonces, una vez fallecido el causante se produce la apertura de la sucesión y de inmediato tiene lugar la delación de las asignaciones a los herederos y legatarios, o sea el llamamiento a aceptarla o repudiarla.

2.9. POSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Nuestra Legislación adopta el enunciado romano sobre la Herencia, según se establece en los Artículo 625, 628, 699, 700 y 783 del código civil de Panamá. Se indica, además, que la herencia se constituye por activos y pasivos; aparte de que incluye la libertad de testar, para disponer de dichos bienes hasta después de la muerte.

En el caso del concepto objetivo es claro que éste está identificado en el Artículo 628 primer párrafo, y luego en el 699 donde se destaca la unidad de bienes del fallecido o bienes en abstracto.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 1 de octubre de 2012, reitera lo expresado por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial del 27 de agosto de 2009, al manifestar lo siguiente:

“A los efectos de concluir en la decisión, la Sala estima prudente, reiterar el concepto exteriorizado pro el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, en la parte final de la Sentencia impugnada, en donde se expresó lo siguiente:

“A esta realidad debe agregarse que va contra la lógica y la experiencia que estando todavía vivos el abuelo o el papá, y realizando actos de dominio en el terreno, un descendiente pueda sentirse racionalmente dueño, y aspirar a una coposesión, ya que lo característicos y normal entre padres e hijos es que existan relaciones de subordinación familiar y de respeto a los mayores; premisas a las cuales debe agregarse que el testamento, además de mostrar el ánimo de dueño del causante, es una manifestación de voluntad que la Ley tutela. (Artículo 699 del Código Civil panameño).

Según la opinión del Dr. Narciso Garay, el derecho de herencia, “es el que tiene una persona, en virtud de la ley o de un testamento para suceder a otra que ha fallecido en todos sus derechos y obligaciones transmisibles o en una alícuota parte de ellos.

2.9.1. SITUACIONES DE LA HERENCIA

Para obtener el dominio, en la sucesión por causa de muerte, se hace necesario desarrollar o perfeccionar un título, el cual en la mayoría de los casos es la misma

ley que lo otorga cuando no existe testamento, de tal modo, entonces, que le corresponderá a la ley disponer quién es el heredero, con quién acude y cómo se distribuirá, el total del patrimonio del causante. Con relación a la herencia, son cinco (5) las situaciones que se puede dar ya sea en forma separada o en conjunto; por tanto, en diversos momentos y de modo completo, pueden darse a la vez.

2.9.1.1. APERTURA DE LA SUCESIÓN

Con la muerte del causante se abre la sucesión, por tanto, fijar el momento de dicha apertura es completamente necesario para saber quién es el heredero, establecer cuál es la ley aplicable para liquidar la herencia. Sin embargo, con el fallecimiento del causante, la totalidad de las relaciones jurídicas que le pertenecían, constituyen la herencia en espera de sus sucesores, a pesar de que el causante no haya designado los bienes.

2.9.1.2. HERENCIA DEFERIDA

Constituye el estado en que se encuentra la herencia desde el momento en que los llamados a ella optan por aceptarla o repudiarla en ejercicio del *ius delationis*

La definición de deferir proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres es: Adherirse al dictamen o parecer de otro, o aceptarlo por respeto, cortesía u otro impulso benévolo. Comunicar, transmitir parte del poder o de la jurisdicción

La herencia deferida es la que se ofrece en abstracto a todos los posibles herederos con vocación hereditaria si se trata de sucesión intestada y, en concreto, a los herederos llamados por disposición de la voluntad del testador a través de testamento válido.

Referirse a la herencia deferida es hablar de la facultad específica concebida a una persona en virtud de la vocación hereditaria para que acepte o renuncie a una herencia, es el llamamiento que hace la ley al heredero y/o al legatario, con tal fin. De allí que existen una o varias personas a las que se les llama a suceder, siempre que estén facultados o capacitados para recibir la herencia, “ya que hay un llamado a su favor”; una vez diferida la masa relictas, esta puede ser aceptada o rechazada.

2.9.1.3. HERENCIA YACENTE

Desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación de la misma, la herencia queda en un estado de yacencia. La yacencia puede ser voluntaria y se da cuando el heredero no ha aceptado la herencia, o legal, como la [herencia](#) deferida a favor del [nasciturus](#).

La yacencia es el periodo que ocurre entre la [apertura de la sucesión](#) y la [adquisición](#) de la [herencia](#) mediante la [aceptación](#). La yacencia generalmente se da cuando el [testador](#) instituyó [heredero](#) a un [concebido](#) no nacido o a uno todavía no [concebido](#); cuando se instituyó como [heredero](#) una [fundación](#) que aún no ha sido creada; cuando el o los [herederos](#) han sido [instituidos](#) bajo [condición](#); o cuando se instituye a una persona por conocerse y el hecho más común cuando el [heredero](#) no ha manifestado aún su [aceptación](#) o [repudiación](#) de la [herencia](#). Cuando la yacencia se prolonga el juez de la causa debe nombrar un [administrador](#) de los bienes hereditarios que cuide de su conservación.

Según la definición del Diccionario Jurídico de Fernando Gómez de Liaño, página 259, la Herencia Yacente es aquella que no ha sido adjudicada, aún no se ha llevado a términos dicha aceptación. Además, se dice que, para los romanos, la

“hereditas iacens” era el patrimonio del difunto, sin aceptar por la persona que, en calidad de heredero, era llamada a sucederla, por tanto, si el o los sucesores llamados con vocación sucesoria, no manifiestan de ninguna forma la aceptación o rechazo de la herencia, entonces, está sujeta de uso de la “ius delationis”.

2.9.1.4. HERENCIA ADQUIRIDA

Esta consiste en el hecho de que el heredero ha manifestado, ya sea expresa o tácitamente, su voluntad de aceptarla, quedando de manera efectiva transferida al nuevo titular. Se adquiere y consolida, así, el derecho hereditario del sucesor como un todo, surgiendo luego la relación jurídica entre herederos y la herencia, asumiéndose todas las facultades comprendidas en tal derecho.

2.9.1.5. HERENCIA VACANTE

La herencia es declarada vacante cuando no hay [herederos legítimos](#) que la reclamen; también se produce la vacancia cuando habiendo heredero, este renuncia a recibir tal derecho. En caso de sucesión testamentaria la vacancia se produce cuando los llamados por el [testador](#) no tengan [interés](#) en adquirir los bienes relictos. La herencia vacante después de cierto tiempo los bienes que la conforman pasan al Estado.

2.10. DELACIÓN DE LA HERENCIA

La delación de la herencia es la facultad que le asiste a un sucesor que ha sido llamado por el testador o por la ley a aceptar o a repudiar la herencia, que en todo caso se califica como facultad alternativa.

La delación de la herencia no debe, bajo concepto alguno, prestarse a confusión con la vocación hereditaria, a pesar de que en algunos momentos ambos

términos se usan como sinónimos; pues, hablar de la delación es referirse a un llamamiento efectivo a la herencia, mientras que la vocación, por su parte, supone solamente un llamamiento, por cuanto constituye el título o base jurídica; teniendo presente que en cuanto a la vocación hereditaria, ésta precede a la apertura de la sucesión, no así la delación que es posterior a la apertura de la sucesión. En consecuencia, se habla de delación al surgir la oportunidad de aceptar la herencia, y dicha delación concluye cuando ya la herencia ha sido aceptada, en fin, la delación es legal siempre, mientras que la vocación puede ser voluntaria (testamento) o legal (intestada).

Para que haya delación es necesario que:

- a. Haya apertura de la sucesión, al fallecer el titular, ya que antes de la muerte sólo hay un llamamiento a vocación, lo cual no faculta al llamado a ejercer la potestad de heredar.
- b. Que el llamado sobreviva a la muerte del causante, (art. 781 c.c.p.)
- c. Que el sucesor cuente con la capacidad para suceder y ser llamado (art. 634 del c.c.p.).
- d. Que exista una designación o llamamiento para suceder, a través de un título jurídico, como constancia (testamento o ley), siempre que la persona llamada esté identificada en dicho testamento, según la voluntad del causante o por disposición legal.

2.10.1. CLASIFICACIÓN DE LA DELACIÓN

La clasificación de la delación se presenta desde diversos puntos de vista, a saber:

- a. En atención a los modos de delación se distinguen tres clases:

- La delación testamentaria, es la voluntad del causante en el testamento.
- La delación legal, emana de la ley.
- La delación mixta, ésta es la que obedece en parte a la voluntad humana y en parte a la disposición de la ley.

b. En función del número de llamados a suceder, se divide en:

- La Delación unipersonal, es aquella en que una sola persona es llamada a la herencia.
- La Delación pluripersonal, es la que se produce cuando son varios los llamados a la herencia. Esta a su vez se subdivide en:
 - Delación simultánea, es cuando se llama a dos o más herederos a la vez, y se requiere la unidad de tiempo en el llamamiento.
 - Delación sucesiva, es en la que se cita un heredero primero y otro que lo sustituye, entonces se agota el llamamiento anterior.

c. Según la forma, en cuyo caso igual se habla de dos clases:

- Delación directa, esto ocurre cuando hay un sucesor por derecho propio, que es lo normal.
- Delación indirecta, es la que implica la idea de que se sucede en lugar de otro, es decir por el derecho de representación (en la sucesión legal) al cual se suman el derecho de acrecer y la sustitución para la sucesión testamentaria que impida la transmisión de este derecho.

2.10.2. EFECTO DE LA DELACIÓN

Categoricamente se establece que el efecto altamente distintivo de la delación es el de ubicar al heredero en libertad de aceptar o repudiar la herencia, “ius delationis”, que es considerado como derecho potestativo. (Art. 877 c.c.p.).

Además, se indica que hay una importancia de carácter práctico, consagrado en el artículo 890 del Código Civil panameño, sobre la transmisibilidad del “ius delationis”, el cual se refiere a que “muerto el heredero, sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”. Con relación a este aspecto, hay que señalar que es relevante el derecho de acrecer que únicamente se da en la sucesión testamentaria, como lo contempla el Art. 653 del Código Civil, y que impide transmitir la facultad de aceptar o renunciar. Cabe destacar, también, que la transmisibilidad de la delación, como regla general tiene su excepción que se refiere a que no tiene vigencia en los casos de incapacidad del heredero.

2.10.3. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Para el Derecho, la herencia es el acto jurídico a través del cual una persona indeterminada que fallece transmite sus bienes, derechos y obligaciones (deudas) a otra u otras personas, que es conocida como herederos. El Heredero es la persona física o jurídica que tiene derecho al total o a una parte de los bienes herenciales.

En cuanto a este hecho jurídico de la aceptación de la herencia y para especificar cuándo se adquiere derecho y la calidad del heredero, se analizarán los siguientes criterios. Así, por ejemplo y según el derecho romano se distinguían los herederos necesarios, (o sean los hijos naturales y adoptivos libertos, bajo testamento) los cuales se adjudicaban la herencia por imperativo legal; y los

herederos voluntarios que solamente podían acceder a la herencia por la “aditio”, es decir, por medio de la declaración voluntaria por parte del heredero testamentario legítimo de aceptar la herencia.

La aceptación o el repudio de la herencia trae consecuencias, entre las cuales podemos mencionar:

Al aceptar la herencia se es considerado heredero, desde que muere el causante para todos los efectos legales, y al repudiar la herencia se entiende, entonces que en caso alguno fue heredero, independientemente del momento en que se produce la repudiación; por tanto, se dice que, en ambos casos, la consecuencia es retroactividad de los efectos, art. 875 del Código Civil de Panamá.

Ahora bien, al remitirse a los sistemas romano y germánico o francés; ¿Cuál de estos sistemas adopta la Legislación panameña?

Basados en la realidad que compete al aspecto que se trata, se indica que nuestro Código Civil tanto como el español, carece de criterio fijo, ya sea porque los autores no visualizaron los sistemas sucesorios fundamentales o porque vacilaran al momento de decidir por uno de los dos; o al menos no es fácil descubrirlo a través de sus articulados.

En tal caso y para identificar cuál de los sistemas es aplicable en el Código Civil panameño, se señala que se sigue el sistema, romano, según el cual establece que:

- a. Según el artículo 874, se señala como elementos esenciales del acto, la aceptación voluntaria y libre.
- b. En el artículo 890, permite la transmisibilidad del “*ius detalionis*” aceptar o repudiar en el caso de que el heredero no pueda o no quiera hacerlo. Y

- c. Para el artículo 425, en la sucesión se traspasa el derecho posesorio, en caso de que exista aceptación.

Concluyendo sobre este aspecto, se dice que la divergencia en cuanto al sistema de la adquisición de la herencia, la misma presenta una trascendencia doctrinal o teórica, dado que en el sentido práctico no tiene mayores consecuencias, una u otra concepción por el carácter retroactivo de la aceptación y la repudiación.

2.11. ÓRDENES SUCESORALES

Desde mucho antes del derecho romano se habló de la importancia de los ordenamientos sucesorales, desde que existió la sucesión intestada existieron los ordenamientos sucesorales. No se puede hablar de sucesión si dentro de ella no van implícitos los diferentes ordenamientos sucesorales; los órdenes sucesorales no es más que el orden de prelación que tienen los herederos para heredar al causante.

El derecho de la última época del imperio se encuentra recopilado por Justiniano, instaurando un nuevo orden jurídico sucesorio, normado en cuatro grandes clases, así: un primer orden comprendido por los descendientes del difunto, el segundo orden estaba compuesto por los ascendientes paterno y materno, sus hermanos por parte de padre y madre y los hijos de los hermanos muertos, los colaterales, y el imperio. En cada uno de los órdenes hereditarios el más próximo excluía al más remoto.

Desde mucho tiempo atrás y hoy día en la actualidad no ha habido homogeneidad en los ordenamientos sucesorios.

El ordenamiento sucesoral, es el conjunto de herederos comprendidos en una sola línea, colectivos, que por su consanguinidad y afinidad con el causante

excluyen a los demás herederos colectivos. De lo externado se concluye que en el derecho sucesorio para conocer los derechos hereditarios de una persona lo fundamental es determinar el ordenamiento jurídico de los órdenes sucesorales y no el parentesco que tiene el difunto con sus descendientes; los órdenes hereditarios tienen su fundamentación en el parentesco de consanguinidad, en el parentesco civil, en la institución del matrimonio y en la norma.

Dentro de cada orden hay diferentes tipos de herederos.

En el derecho panameño los parientes del difunto son agrupados en líneas o categorías, la proximidad del parentesco determina el número de generaciones y cada generación forma un grado determinado. El primer orden está compuesto por la línea recta descendente, (Art. 661 C.C.P.), el segundo orden está compuesto por la línea recta ascendente (Art. 666 C.C.P.), el tercer orden está conformado por los colaterales; (Art. 677 C.C.P.), el cuarto orden sucesoral es el cónyuge supérstite; (Art. 686 C.C.P.) y el quinto y último orden sucesoral el municipio correspondiente; (Art. 692 C.C.P.).

Todo ello se da porque la doctrina sostiene que el amor, primero desciende, luego asciende y por último se extiende. Constituye la línea un factor esencial para formar los órdenes, los descendientes predominan sobre los ascendientes y estos sobre los colaterales.

El Código Alemán en su artículo 1930 dice: “Un pariente no está llamado a la sucesión en tanto exista otro pariente de un orden preferente”.

Mientras exista un descendiente, por muy lejano que sea su relación consanguínea, éste excluye al ascendiente, aunque este se encuentre en el primer grado de parentesco del causante.

2.11.1. PRIMER ORDEN HEREDITARIO

Este ordenamiento jurídico hereditario es conocido en nuestro Código Civil como **DE LA LÍNEA RECTA DESCENDENTE**, y lo regula nuestro Código en el Libro Tercero, Capítulo Tercero, desde los artículos 661 al 665. Este orden está compuesto por los hijos y sus descendientes.

“Artículo 661: La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente.”

Artículo 662: Los hijos y sus descendientes, incluyendo a los adoptados y sus ascendientes, suceden a los padres y demás ascendientes, sin distinción.

Artículo 663: Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

Artículo 664: Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre estos por partes iguales.

Artículo 665: Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, lo primeros heredarán por derecho propio y los segundo por derecho de representación”.

En el derecho panameño la primera línea está compuesta por los hijos y sus descendientes incluyendo a los adoptados y sus descendientes, lo que significa que todos ellos tienen vocación hereditaria.

En nuestro derecho se llegó a hablar de los hijos naturales, los cuales en una primera instancia conformaron la primera línea hereditaria, pero su vocación era restringida, en el sentido que, para poder heredar, no tenían que existir hijos legítimos. Mediante el fallo de 24 de diciembre de 1953, La Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la palabra “legítimo”.

“No cabe duda que el fin perseguido por el constituyente al sentar el principio de la igualdad legal de todos los hijos en materia de sucesión, no fue otro que el acabar con las discriminaciones entre los llamados hijos legítimos y naturales que contiene nuestro Código Civil, al igual que todos los Códigos civiles de su época. A este respecto, debe tenerse presente que ya este tribunal, en un acuerdo N° 72 de 21 de noviembre de 1947 (que aparece publicado en el Registro Judicial N° 11, año XLV – XLVI. Vol. XXL- XVI. Pág. 1ª) con fundamento en las mismas razones que aduce el demandante, declaró inexecutable los artículos 656 y 659 del Código Civil, por ser violatorio del principio contenido en el artículo 58 de la Constitución Nacional.”

“Siguiendo el mismo criterio se tiene que los otros artículos impugnados (662, 666, 669, 670, 671, 672, 675, 676, 686 y 688 del Código Civil) violentan tanto la letra como el espíritu del principio aludido del Estatuto Político, y ello es así porque en cada uno de estos preceptos se establece discriminación en materia de sucesión intestada en beneficio de los llamados hijos legítimos y en detrimento de las porciones correspondientes a los hijos naturales.”

“Parece además agregar que cuando se afirma en las presentes consideraciones en relación con el artículo 58 de la Carta, tantas veces citado. Cabe afirmarlo igualmente en relación con el artículo 58, según el cual “queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la afiliación, de suerte que el

asunto en estudio no deja margen a dudas.”· Fallo de 24 de diciembre de 1953 de la Corte Suprema de Justicia.

En el derecho panameño no quedo establecida la igualdad sucesoral del cónyuge supérstite, pero conserva su derecho de porción conyugal dentro de las condiciones establecidas en los artículos 685, 686 y 687, que en este orden equivale a la legítima rigurosa de cualquier hijo.

Los ascendientes o padres del causante quedan completamente excluidos por la sola existencia de un solo descendiente, independientemente del grado en que este se encuentre; aquellos pueden heredar vía testamento o donación, o bien según su condición pueden exigir alimentos. Los padres del causante que por cualquier motivo no han sucedido a sus hijos, pueden pedir en el proceso sucesorio que sus alimentos atrasados les sean cancelados.

2.11.2. SEGUNDO ORDEN HEREDITARIO

Este ordenamiento jurídico hereditario, conocido en nuestro Código Civil como **DE LA LÍNEA RECTA ASCENDENTE**, se encuentra ubicado en los artículos 666, 667 y 668. El segundo orden sucesoral, nace a la vida jurídica si el primer orden está vacante. La vacancia del primer orden es condición fundamental para poder pasar al segundo orden sucesoral.

Cuando se habla de que el grado más próximo excluye al más lejano, se establece un llamamiento preclusivo al de grado ulterior; esto doctrinalmente quiere decir que el padre excluye al abuelo; éste al biznieto, y así sucesivamente. La preclusión se hace extensiva en todas las líneas sucesorales, con la excepción del derecho de representación, que sólo se da en la línea recta descendente y en la sucesión de los colaterales.

"*Artículo 666: A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales.*"

Es preciso hacer ciertas precisiones con respecto al artículo precedente, tal como se puede apreciar el concepto legítimo está en cursiva y subrayado; así mismo está expreso en nuestro Código Civil; la razón es que, en nuestra Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 24 de diciembre de 1953, declaró inexequible la palabra "legítimo". Esto quiere decir que todos los hijos, sean del matrimonio o no lo sean son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Artículo 667: El padre y la madre, si existieren, heredarán por partes iguales. Existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia.

Artículo 668: A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado. Si hubiere varios de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos, y la otra mitad a los maternos. En cada línea la división se hará por cabeza".

Los artículos precedentes manifiestan que a falta de herederos en la línea recta descendente se les confiere vocación hereditaria a los ascendientes más cercanos al De Cujus y que al cónyuge supérstite se le permite participar de dicha herencia no como un heredero de dicha línea, sino como un heredero concurrente. Todas las reparticiones que se hacen en esta línea ascendente se harán por cabeza. "A falta de hijos y descendientes del difunto, le heredan sus ascendientes con exclusión de los colaterales." (Art. 666 C.C.P.)

Este segundo orden sucesoral está conformado por el padre y la madre del causante, por sus abuelos paterno y materno y así sucesivamente; nuestro

derecho no especifica hasta qué grado pueden suceder los ascendientes, la única condición es que la persona le sobreviva al causante. Este orden sucesoral manifiesta que las partes heredan por cabeza, esto quiere decir que heredan en proporciones iguales y que el grado más cercano excluye al más remoto.

En el segundo orden sucesoral, los llamados a suceder son los ascendientes más cerca en grado al causante, si hay uno solo, sucederá éste todos los bienes. Los ascendientes suceden personalmente y no hay lugar en esta línea al derecho de representación.

2.11.3. TERCER ORDEN HEREDITARIO

Este ordenamiento jurídico hereditario, conocido en nuestro Código Civil como **DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES**, se encuentra su génesis en los artículos del 677 al 684 del Código Civil panameño.

Antes de referirnos a la línea colateral privilegiada, queremos hacer ciertas precisiones:

El artículo 677 de nuestro Código Civil, taxativamente manifiesta:

“Artículo 677: A falta de las personas comprendidas en los tres capítulos anteriores, heredarán los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes.”

El capítulo tercero habla de la línea recta descendente, el capítulo cuarto de la línea recta ascendente, el capítulo quinto de los hijos naturales, el capítulo sexto de la sucesión de los colaterales y el capítulo séptimo de la sucesión del cónyuge.

Tal como se puede leer en el presente trabajo nosotros sólo hemos analizado hasta ahora el capítulo III, el capítulo IV y de allí saltamos al sexto capítulo que trata de la sucesión de los colaterales, esto se da ya que el capítulo V, habla de los hijos naturales, y este capítulo fue declarado inexecutable por acuerdo 72 de 21 de noviembre de 1947 de la Corte Suprema de Justicia. Ver Jurisprudencia.

En el derecho comparado muchas legislaciones hablaron de los hijos extramatrimoniales, es decir, hijos concebidos fuera del matrimonio; nuestra legislación los consideró hijos naturales o ilegítimos.

Nos referiremos ahora de la sucesión de los colaterales:

Cuando hablamos de los colaterales nuestro cuerpo legal se refiere a los hermanos consanguíneos.

El artículo 677 de nuestro Código Civil, taxativamente manifiesta:

A falta de las personas comprendidas en los tres capítulos anteriores, heredarán los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 678: Si no existieren más que hermanos de doble vínculo, estos heredarán por partes iguales.

Artículo 679: Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpe.”

Mediante el presente ejemplo analizamos el artículo 679 precedente.

Hijo A es el causante; no tiene heredero ni descendiente ni ascendente, éste tiene dos hermanos, el primer hermano está vivo, el segundo está muerto; pero este

tiene dos hijo el primer hermano hereda por cabeza y los dos sobrinos por estirpe; si la masa herencial está compuesta por cinco mil balboas el hermano vivo heredará 2,500.00 balboas y los sobrino se reparten cada uno la suma de mil doscientos cincuenta balboas.

Artículo 680: “Si concurrieren hermanos de padre y madre, con medios hermanos, aquellos tomarán doble porción que estos en la herencia.”

Mediante el presente ejemplo analizamos el artículo precedente:

Hijo A es el causante; no tiene heredero descendente ni ascendente, éste tiene dos hermanos, el primer hermano es de padre y madre (doble vínculo) y el segundo lo es sólo de padre, (un solo vínculo) en este caso el primer hermano hereda doble porción con respecto al segundo hermano.

“Artículo 681: En caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de madre, heredarán todos por partes iguales sin ninguna distinción de bienes.

Artículo 682: Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpe, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo”.

Artículo 683: No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales. La Sucesión de éste se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón de doble vínculo.

Artículo 684: El derecho de heredar ab–intestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral”.

La condición establecida en el artículo 684 precedente, referente al término de grado es lo que faculta al Estado a heredar, en virtud de que ya no hay más herederos.

2.11.4. CUARTO ORDEN HEREDITARIO.

Este ordenamiento jurídico hereditario, conocido en nuestro Código Civil como **DE LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE**, encuentra su génesis en los artículos 685, 686 Y 687.

“Artículo 685: Lo dispuesto en los cuatro capítulos precedentes sólo será aplicable en el caso de no haber cónyuge sobreviviente, que no estuviere separado de cuerpo o divorciado por sentencia en firme. Habiendo cónyuge supérstite, lo ordenado en dichos capítulos sufrirá las modificaciones siguientes.”

La vocación hereditaria del cónyuge está supeditada a dos condiciones: una a su no separación de cuerpo, que es una causal de divorcio, establecida en el artículo 212, numeral 9 que dice: “ **La separación de hecho por más de dos (2) años aun cuando vivan bajo el mismo techo**”., esta condición en nuestro derecho es muy difícil de probar, además la separación de cuerpo no disuelve el matrimonio; el matrimonio se disuelve por la muerte, el divorcio y la nulidad; y dos, a que no esté divorciado por sentencia en firme. La condición del cónyuge influye en el establecimiento de su calidad como heredero.

La condición de tiempo en la vida matrimonial no es una circunstancia que impida que el cónyuge herede, tampoco su ancianidad o el lugar en donde se casaron.

En algunas legislaciones el cónyuge no es un heredero forzoso, es decir, que puede ser excluido mediante testamento.

En nuestra legislación los hijos y el cónyuge son herederos forzosos, por ello no pueden ser excluidos mediante testamento, pero están sujetos a lo que dispone el artículo 778 de nuestro Código Civil, el cual preceptúa:

“Toda persona hábil puede disponer por testamento libremente de sus bienes con tal de que deje asegurado los alimentos de los hijos que tengan derecho a ello de acuerdo con la ley, durante el tiempo a que se refiere el artículo 233 de la presente ley y los de sus padres, los de su consorte e hijos inválidos, mientras lo necesiten.

Si el testador omite cumplir esta obligación de alimento, el heredero no recibirá los bienes sino lo que sobre, después de darse al alimentista, previa estimación de peritos, lo bastante a asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte tuviesen al morir el testador, bienes bastantes, no está este obligado a dejarles alimentos.”.

A pesar de que el cónyuge no es un heredero sino un concurrente a la herencia, éste concurre en todos los órdenes sucesorales, hereda con los hijos, sus nietos, biznieto, con los abuelos y abuela del causante y así sucesivamente.

“Artículo 686: En la línea recta descendente, el cónyuge hereda con los hijos legítimos del difunto, sus nietos y demás descendientes, en igual proporción que cada uno de los hijos.

Artículo 687: En la línea recta ascendente, el cónyuge hereda por partes iguales con el padre y la madre del difunto si existieren.

Existiendo uno sólo de ellos, sucederá con él en toda la herencia.

A falta de padre y madre, el cónyuge sucederá con los ascendientes más próximos en grado.

Si hubiere varios de igual grado, pertenecientes a la misma línea, heredarán con ellos por partes iguales; pero si fueren de líneas diferentes, la herencia se dividirá en tres partes; una parte para los ascendientes paternos, otra para los maternos, y otra para el cónyuge.

Artículo 688: DEROGADO.

Artículo 689: Si el hijo natural muere sin dejar posterioridad legítima o reconocida por él, el cónyuge le sucederá con el padre, si se le hubiere reconocido, o la madre, o con ambos. Cada uno de ello le heredarán en partes iguales.

A falta de ascendientes naturales, heredarán al hijo sus hermanos naturales y el cónyuge. Este tomará triple porción que la que corresponda a cada uno de los hermanos.

Artículo 690: A falta de descendientes y ascendientes, heredarán los parientes colaterales y el cónyuge por el orden que se establece en los párrafos siguientes:

Si no existieren más que hermanos de doble vínculo o medios hermanos o sobrinos, la herencia se dividirá en dos (2) partes iguales, una parte para el cónyuge y la otra para los hermanos del causante. A falta de hermanos y sobrinos hijos de estos, sean o no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto en cónyuge sobreviviente.

No habiendo cónyuge supérstite sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales, según quede establecido.

Artículo 691: En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda.

El desmejoramiento o no de los cónyuges al deferirse la herencia en muchos casos depende del mismo cónyuge, ya que nuestro ordenamiento jurídico establece lo referente a las capitulaciones matrimoniales, a las donaciones, a la compraventa que es una de las formas de no verse sujeto a procesos sucesorios.

2.11.5. QUINTO ORDEN HEREDITARIO

Este ordenamiento jurídico hereditario, es conocido en nuestro Código Civil como **DE LA SUCESIÓN DEL MUNICIPIO**, encuentra su génesis en los artículos 692 y 693.

El municipio como tal no tiene vocación sucesoral, ya que para que exista la vocación sucesoral tiene que existir rasgos afines con las personas de la cual se hereda; tampoco debe ser considerado un heredero concurrente, el municipio hereda por la condición de vacancia de la sucesión; esto es al no existir herederos hereda el municipio; y este es el último orden en toda sucesión intestada.

Nuestro Código Civil se limita a incluir al Estado, por medio de los municipios a heredar al causante como un quinto y último orden hereditario. Al Estado por medio de los municipios le corresponde toda la herencia líquida, por tratarse de persona jurídica no puede hablarse de representación o transmisión hereditaria. El Estado como tal no necesita aceptar, ni tiene la posibilidad de repudiar, solamente requiere que se proceda con la declaración judicial de heredero de la que habla el artículo 693 de nuestro Código Civil.

A falta de heredero sucede el Fisco; hay autores que consideran que el Estado es un heredero

“Es posible concebir que el Estado es el último heredero y recoge la herencia que no ha sido aceptada por otros preferentes en esta calidad, tiene pues los mismos derechos y las mismas obligaciones que todo heredero.

El Estado tiene un derecho de naturaleza sucesoral.

Pero existe también la tesis que entiende al Estado no como heredero de las sucesiones sin otro sucesor preferente, sino que le atribuye por el simple ejercicio del derecho de soberanía. El Estado no sería pues un heredero más, sino que recogería los bienes al mismo Título con que recoge las tierras que no tienen otro dueño.

"Artículo 692: A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en los precedentes capítulos, heredarán el municipio donde tuvo su último domicilio el difunto."

Esto es lo que se conoce como herencia vacante; y esta se da ya que no hay heredero conocido y como consecuencia de ello viene a recibir la herencia el Estado. Nuestro Código Civil puntualiza lo referente a herencia vacante en su artículo 692 y 693 cuando nos dice.

"A falta de una persona que tenga derecho a heredar conforme a lo dispuesto en los precedentes capítulos, heredará el Municipio donde tuvo su último domicilio el difunto.

Art. 693: Para que el Municipio tome posesión de los bienes hereditarios, habrá de proceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de otros.

CAPÍTULO III

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA EN EL DERECHO SUCESORAL PANAMEÑO

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

La petición de herencia, es una acción de naturaleza jurídica, cuya finalidad es el reconocimiento de la condición de heredero con igual o mejor derecho, que otro heredero aparente que goza de la posesión del bien de la sucesión.

La acción de petición de herencia es la facultad por ley que posee el heredero de reclamar de otra u otras personas el reconocimiento de su cualidad de heredero y la de los bienes hereditarios en mano de aquel.

Albadalejo la define como la acción para recobrar toda la herencia o parte de ella, que compete al heredero contra el poseedor que se niega a su entrega.

Por su parte, Fernández Arroyo la define como "aquella acción que compete al heredero testamentario, legítimo, y en su caso contractual, para que le sea reconocida dicha condición y, en su virtud, de ella obtener la recuperación de los bienes restitución hereditarios ilegítimamente poseídos por otro".

Por la propia naturaleza de la acción es importante; pero la misma, carece de una regulación específica; sólo es reconocida doctrinalmente.

La acción de petición de herencia fue reconocida en el Derecho romano y se llamó la *hereditatis petitio*, con ella se buscaba satisfacer necesidades reales; y su fundamento era la reclamación de bienes hereditarios de manera global.

La jurisprudencia panameña, con relación a la petición de herencia, señala que ésta va dirigida a identificar quien tiene igual o mejor derecho, lo cual correspondería al juez "determinar si el demandante tiene derecho a heredar en concurrencia con el demandado que ocupa la herencia o si este tiene un derecho superior que lo excluya".

Por otro lado, hay que tener presente, que si el heredero aparente es de buena o de mala fe; por cuanto posea el bien ya como heredero o porque ignoraba la existencia de alguien más como sucesor, llamado por la ley; o de mala fe como aquel heredero que a pesar de conocer de la existencia de otro sucesor no denunciara el llamamiento al juicio de sucesión, adjudicándole la herencia.

La Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 2 de agosto de 2002, señaló que la petición de herencia es una acción de tipo real que compone

una universidad jurídica, ya que, como lo ratifican, además, connotados autores civilistas, la acción de petición de herencia va encaminada u orientada a recuperar o reivindicar una cosa que representa un patrimonio universal o parte de él, es decir, es considerado como una acción real con la que el verdadero heredero solicita, que como derecho de la herencia que le corresponde, se haga efectiva dicha declaración.

Respecto a la Acción de Petición de Herencia, resulta pertinente observar que el Derecho Español se establece lo siguiente:

La acción de petición de herencia es la facultad que tiene el heredero para reclamar de otra u otras personas el reconocimiento de su calidad de heredero y la restitución de los bienes hereditarios que por ley le pertenecen. En consecuencia, pues, es una acción sumamente importante, sin embargo, no está regulada en el Código Civil, a pesar de reconocer la existencia de esta acción, en los artículos 192, 1016 y 1021.

Igualmente se señala que la acción de petición de herencia es una acción propia del heredero, no se estipula en la sucesión del causante; la misma surge a partir de la apertura y la aceptación de la herencia por parte del llamado. El heredero no reivindica bienes concretos y determinados, como sucesor en contra de terceros; en todo caso reclama la restitución de bienes hereditarios, basándose en su cualidad de heredero de quien los posee sin tal título.

CAPÍTULO IV

EL DESHEREDAMIENTO

EL DESHEREDAMIENTO

Mediante la Ley N° 2 de 1916, fue aprobado el Código Civil de Panamá y al igual que otros Códigos de la República, entraron en vigencia a partir del primero de octubre de 1917. Para esa fecha era imposible que la figura jurídica estudiada, el desheredamiento, fuese tomado en cuenta por las legislaciones a nivel del derecho comparado. Hoy en día esta institución ha sido ampliamente debatida e insertada en muchas legislaciones no así en la legislación panameña; es importante mencionar que el Código Civil panameño, prácticamente constituye una réplica del Código Civil español de 1889, razón por la cual la jurisprudencia nacional se ha ido desarrollando sobre la base del Tribunal Supremo de España. Cabe mencionar que en España esta institución ha sido ampliamente debatida e insertada en la legislación española, en cambio en Panamá ha sido obviada.

El desheredamiento es una institución jurídica propia del derecho civil, exclusiva del derecho sucesorio testamentario. Esta consiste en privar de la legítima, a un heredero forzoso por causas jurídicas legales. Tomando como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, el testador puede hacer uso de esta institución para excluir a un legitimario de parte o todo de su legítima. El testador no está obligado a atribuir bienes forzosos a aquél que ha cometido falta grave contra él. “El desheredamiento o exheredación viene a ser una sanción que el testador le impone al legitimario por haber disminuido o eliminado el mérito para sucederle en todo o parte de su cuota. Ese mismo carácter primitivo otorgado a un particular trae aparejado la exigencia perentoria de que se sujete estrictamente a las normas legales para que pueda producir la totalidad de su efecto” (Lafont Pianetta, Pedro, 2006, Pág. 282).

4.1. CONCEPTO

Tomando como fundamento el artículo 1265 del Código Civil colombiano podemos afirmar que el desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un heredero forzoso o legitimario sea privado de todo o parte de su legítima. “La desheredación supone la posibilidad para el causante de privar a un legitimario de su derecho cuando este incurre en alguna de las causas taxativamente previstas en la ley; todas las infracciones graves contra la esfera moral o física del deudor de la legítima, o contra la propia del legitimario con persecución en el orden o el honor de la familia.” (Lacruz Berdejo y Asis Sancho, 1981, Pág. 327)

El doctrinario del derecho civil español Díez Picasso, define la desheredación como una disposición testamentaria por virtud de la cual se priva de un derecho

a un heredero forzoso legitimario, de su derecho de legítima en virtud de alguna de las causas que expresa la ley. Guillermo Borda, conceptúa que la desheredación es la exclusión de un heredero forzoso hecha por el causante en su testamento en virtud de una causa legal. Enrique Holgado Valer, la conceptualiza como una forma de exclusión de la herencia del heredero forzoso por disposición testamentaria dependiente de la sola voluntad del testador y por las causales prefijadas en la ley. La desheredación es el acto jurídico en virtud del cual el testador priva de la herencia a su heredero forzoso mediante expresa disposición testamentaria y fundada en causales legales de desheredación previamente determinada por la ley.

4.2. GENERALIDADES DEL DERECHO DE DESHEREDACIÓN.

En muchos ordenamientos jurídicos no existe la libertad para testar, esta prohibición a la libertad de testar atenta contra el principio autonomía de la libertad del testador de disponer de la masa herencial. “En el derecho colombiano no hay libertad absoluta para testar. Esta facultad se confiere en forma restringida. Nuestro legislador establece unas asignaciones que denomina forzosas, de las que no se puede sustraer el causante. Existe libertad de testar en parte de la sucesión o cuando el causante no se halla en ningunas de las eventualidades previstas en las asignaciones forzosas. Por lo tanto, la libertad de testar sólo hace referencia a la parte que queda libre, después de haber sido otorgadas las asignaciones forzosas, o cuando el causante no está en la obligación de instituir las” (Suárez Franco, 2003, Pág. 301).

Los hijos y sus descendientes tienen un sin número de derechos hereditarios reconocidos en diferentes legislaciones, que les hacen acreedores de derechos exorbitantes superiores al de la propia madre o padre que se convierte en viuda

o viudo del causante en un momento determinado, El Código Civil antepone los derechos hereditarios de los hijos descendientes respecto del cónyuge viudo, y ello constituye una desventaja para el cónyuge en aquellas legislaciones en donde existen las legítimas; ya que en esas legislaciones sólo se le reconoce el usufructo del tercio destinado a mejora. Esa es la preterida línea que han seguido las legislaciones frente a ese derecho superior de los hijos; ante ello sólo le queda al testador acudir al derecho para invocar la desheredación cuando ese comportamiento inusual de ese hijo lo perjudica; y cuando ello sucede el único recurso que le queda a los padres para garantizar su subsistencia, es acudir ante un notario e invocar una causal de desheredación y así evitar que los hijos que incumplan sus obligaciones, se hagan merecedores de este derecho que el Código Civil solo reconoce a los hijos que se comportan dignamente con sus padres.

Las diferentes corrientes que siguen las legislaciones civiles es la de garantizar y obligar a los hijos y demás ascendientes a cuidar de la vida y existencia de los padres en su etapa senil. En la sociedad en la que estamos inmersos, cada día se ven más casos de hijos que tratan mal a sus padres, que no les agradecen lo que estos han hecho por ellos, y cuando se van haciendo mayores y han ido encontrando cierta independencia, los maltratan no solo de palabra, sino mediante la acción que más daño le causa a un padre o a una madre respecto de su hijo, y es que le olvide absolutamente y se desentienda de ellos. Esta acción, u omisión, supone una conducta que debe dar consigo en derecho una causa de desheredación, y la jurisprudencia sí lo viene admitiendo mediante una interpretación extensiva y analógica del maltrato de obra.

La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, no existe otra forma alguna para hacerla y se debe expresar en esa disposición testamentaria la causa legal en que se funde.

4.3. ANTECEDENTES DE LA DESHEREDACIÓN

La desheredación fue reconocida en el Código de Hammurabi; creado aproximadamente, dos mil años antes de la era cristiana.

La institución en sí ha sufrido muchas transformaciones. Originalmente el testador disponía de amplias facultades para disponer de sus bienes. Aún no existían la legítima y, por consiguiente, no era posible hablar de desheredación. Durante el régimen establecido por la ley de las XII Tablas, para desheredar a un descendiente bastaba no mencionarlo en el testamento.

La ley de las 12 tablas contempló la institución de la desheredación, el pater famili estaba facultado hasta para poder decidir sobre la vida y muerte de sus hijos, producto del derecho consuetudinario romano se fueron creando reglas para impedir que el pater desheredara sin motivo alguno a sus ascendientes y descendientes. En el **Derecho romano** a partir de la Ley de las XII Tablas, los **Pretores** asumieron la función jurisdiccional. La desheredación pretoriana se le conoció como bonarum possessio contra tabulas.

4.3.1. REFORMAS DE JUSTINIANO

El emperador Justiniano reforma las reglas de la desheredación a través de la Constitución del año 531 después de Cristo y las reformas consisten en:

- a. Eliminó la distinción entre descendiente para incluirlo a la herencia.
- b. La constitución Justiniana acepta el derecho pretoriano diciendo que todo heredero puede ser instituido o desheredado.

- c. Coincide con Sabino en que cualquier omisión como heredero acarrea la nulidad ab initio (nulidad desde el inicio)
- d. Se igualaron los efectos de la preterición a los del desheredamiento y no era necesario expresar la causa del desheredamiento.

4.4. REQUISITOS DE LEY PARA QUE SEA VÁLIDA LA DESHEREDACIÓN

- a. Debe ser anunciada en la disposición testamentaria. “La disposición testamentaria de desheredamiento debe reunir además los requisitos generales de toda disposición (voluntad exenta de vicio y sin fraude a la ley, objeto lícito, causa lícita, y capacidad de testador y del asignatario, etc.), y debe estructurarse conforme a estos requisitos, so pena de ineficacia o invalidez.” (Lafont, Pianetta, 2006, Pág. 288)
- b. No se requiere de un tipo de testamento determinado.
- c. Cualquiera otro medio utilizado para invocar una causal de desheredación es inválido.
- d. La causal de desheredación debe ser aducida y fundamentada, para que pueda ser recurrida.
- e. La aducción puede ser por designación nominativa o por descripción de los hechos.
- f. La desheredación puede ser parcial.
- g. Si la causal es denegada, el resto de los herederos debe probarla.
- h. Si la causal es probada, se pierde la condición de legitimario

Tiene su efecto exclusivamente sobre herederos forzosos

4.5. CARACTERÍSTICAS DE LA DESHEREDACIÓN

- a. Que la desheredación constituye un acto jurídico, que modifica una situación
- b. jurídica emitida exclusivamente en disposiciones testamentarias válidas.
A diferencia de la indignidad, la cual es permisiva en cualquier tipo de sucesión, el desheredamiento es exclusivo de la sucesión testamentaria.
- c. Es una institución jurídica que extingue la vocación hereditaria.
- d. El heredero forzoso pierde su derecho a la legítima.
- e. La causa de desheredación debe estar plenamente establecida en la ley y debe ser expresada en el testamento. Este requisito es de carácter público y le impide al testador invocar causales inexistentes.
- f. La desheredación es una sanción que debe ser probada judicialmente en vida del testador o después de su muerte.
- g. La desheredación sólo afecta a los legitimarios.

4.5.1. DE LA DESHEREDACIÓN JUSTA

Existen dos tipos de desheredación, la justa y la injusta

➤ LA DESHEREDACIÓN JUSTA

Es aquella, la cual se fundamenta en causas legales de desheredación; generalmente coinciden con las causales de indignidad establecidas para heredar. Cuando el testador o la ley invocan causas de desheredación, el desheredado, puede recurrir dichas causales, alegando que dichas causales son falsas, por lo tanto, contrarias a derecho.

Son los tribunales de justicia los que determinaran si la causal invocada procede o no. La causal de desheredación, únicamente puede ser invocada por el testador o por los legitimarios. Si la causal invocada es legal, ella solo afecta al legitimario al cual se le imputa dicha causal. Son los otros legitimarios los que le

corresponde probar la causal de desheredación. Si se logra probar la causal, el legitimario pierde todos sus derechos sobre la legítima; y los hijos de este, por derecho de representación, adquieren los derechos de aquel.

4.5.2. CAUSA INJUSTA DE DESHEREDACIÓN

Es preciso señalar que, en Panamá, la desheredación no existe, por el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe las legítimas. La palabra desheredación sólo es mencionada una sola vez en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 25 del Código civil). Una cuestión es la desheredación y otra muy diferente es la vocación hereditaria, todos los legitimarios son herederos, pero no todo heredero es legitimario. Los legitimarios están dentro de los órdenes sucesorales y los herederos testamentarios no necesariamente. La legítima ha sido regulada prácticamente en todos los ordenamientos del mundo. Específicamente los códigos que provienen del Código de Pothier o código napoleónico. Recordemos que el código Civil de Panamá es una réplica textual del Código Civil español de 1889; y hoy producto de la doctrina y la jurisprudencia la desheredación es una institución que en el código español es regulada en la sección novena, artículos 848 a 857 Código Civil español; en cambio en el Código Civil de Panamá, sólo se menciona la palabra desheredación, en el artículo 25 de nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 25 del Código Civil dice:

“Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente en la época en que fallezca el testador.

En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que al tiempo en que murió regulaban la capacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredamientos.”

Si la desheredación no está fundamentada y es invocada, ello se conoce como desheredación injusta. La desheredación anula la institución de heredero legítimo. La desheredación trae como consecuencia la privación de la legítima; Las donaciones recibidas por el desheredado no se revocan, pero se imputarán a libre disposición; Suele darse lo que se conoce como derecho de representación restringido: si el desheredado es legítimo descendiente, le representarán sus descendientes. El desheredado está impedido y no podrá participar en la sucesión intestada en caso de ser abierta; el desheredado pierde derecho a bienes reservables (desheredación por progenitor)

4.5.3. OBLIGACIÓN DE EXPRESAR LA CAUSAL DE DESHEREDACIÓN

El testador está obligado a expresar la causal de la desheredación en su disposición testamentaria. La desheredación no puede estar supeditada al arbitrio del testador ni de nadie en particular, por ello debe de ser expresada claramente en el testamento. Para que esta tenga validez requiere de ciertos requisitos sine qua non, y el más importante es la expresión de causa, y esta no puede estar condicionada; si ello se da es inválida y anulable. Así lo dispone la norma en el derecho comparado. Artículo, 743 c.c. peruano.

Para que la desheredación opere es necesario que sea expresa, es decir que la causal esté determinada en la ley y además debe ser concreta, es decir que la persona que es objeto de desheredación sea señalada e individualizada de

manera que no haya confusión. La comisión de las causales de desheredación requiere por parte del infractor dolo, es decir, discernimiento, voluntad y liberalidad. Únicamente pueden ser objeto de desheredación los mayores de 18 años de edad.

4.5.4. LAS LEGÍTIMAS

En materia de [Derecho de sucesiones](#), Legítima es la parte de la masa herencial que el testador no puede disponer por haber sido reservado por [Ley](#) a determinados [herederos](#), conocidos como *herederos forzosos* o *legitimarios*. El objeto fundamental de la legítima es proteger a los herederos forzosos y evitar la desheredación.

La legítima es una institución jurídica mortis causa del derecho sucesorio, por medio de la cual la ley reserva una cantidad de bienes herenciales a determinados herederos. Ello constituye una limitación a la libertad que tiene el testador de disponer de sus bienes herenciales, toda vez que el legislador obliga al testador a dejar o reservar ciertos bienes a favor de los herederos forzosos. La legítima nace cuando se apertura la herencia producto de la muerte del testador. La legítima como institución jurídica es de carácter coactivo, no admite transacciones o renunciaciones sobre la legítima futura.

La sucesión intestada o abintestato, también llamada legal o legítima, se produce [mortis causa](#), y se da producto de la inexistencia o invalidez de [testamento](#) del fallecido. En la sucesión legítima es la ley a través de los órdenes sucesorales la que designa sucesores. La legítima, en España, o la reserva, en Italia, es la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del

causante. Hablar de legítima es hablar de sucesión intestada, la cual tiene efecto jurídico en la sucesión testamentaria, de acuerdo a ciertas legislaciones. El testador está facultado para asignar bienes concretos de la herencia a favor de determinados legitimarios a través de título de herencia, legado, donación o de cualquier forma siempre que el legítimo no pierda su condición de legítimo.

Inclusive la [preterición](#) (olvido o no mención) de los herederos forzosos no perjudica la legítima. La legislación colombiana al referirse a la preterición del legítimo dice: “El haber sido pasado en silencio un legítimo, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. Conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado” Artículo 1276 C. Civil colombiano.

“El fundamento de este artículo radica en el hecho de que la institución de la legítima se ha establecido por motivos de orden público, hereditario y familiar. Por esa razón, si el testador pasa en silencio a un legítimo, es decir, lo omite en su testamento, éste no tendrá necesidad de ejercer la acción de reforma del testamento. Basta que se presente al proceso de sucesión con las pruebas pertinentes y solicite que se le reconozca como asignatario forzoso del testador.” (Guillermo Cardona Hernández, 2004, pág. 225)

4.6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

La naturaleza jurídica de la legítima es de orden público. Tomando como consideración la regulación positiva, la doctrina y la jurisprudencia al momento de referirse al tema de la legítima, la consideran como un tipo de sucesión que forma parte de la sucesión testada. El Código Civil español artículo 658 dice: La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a

falta de éste, por disposición de la ley; la primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y otra por disposición de la ley. Este diferimiento, la doctrina lo conoce como sucesión mixta. La doctrina española considera que no es posible hablar en el derecho sucesorio español de herederos forzosos, ya que esta institución está regulada por las legítimas.

El fundamento intrínseco en la regulación de la legítima, en el derecho positivo comparado, es el de que la libertad absoluta de testar, la cual ha sido considerada una libertad fundamental propia de la persona y un derecho innato del testador, se ve contrarrestada por la función social de la propiedad y, en especial, por los derechos de la familia, obligando la norma a dejar una cantidad de bienes con la finalidad de proteger a la familia. En reiteradas veces la jurisprudencia ha dejado entrever que el principio de libertad de testar no es absoluto y que la ley ha considerado la necesidad de reservar una porción de la herencia a favor de determinadas personas que tengan derecho a ella.

La legítima no es un tipo de sucesión, constituye una limitación a la libertad dispositiva del testador de testar, quien está obligado a respetarla. La legítima tiene dos postulados fundamentales, uno, constituye una limitación a la voluntad testamentaria y dos, el testador dentro de los límites exigidos por la ley, podrá disponer de los bienes herenciales a favor de los legitimarios en la forma que estime conveniente, el testador podrá disponer de los bienes de la legítima no solo a título de herederos sino también a título de legatario o por cualquier otro título.

El Tribunal Supremo Español al referirse a la legítima dice que el legitimario es cotitular de todos los bienes hereditarios en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima y el heredero testamentario carece de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad, con excepción a la mejora.

La legislación española y la doctrina en general consideran que el legitimario es cotitular de los bienes que conforman la herencial, hasta que no se practique la partición hereditaria, por ello la ley le impone el deber de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos todos los bienes herenciales. El heredero testamentario no posee facultades dispositivas sobre los bienes herenciales mientras exista la comunidad.

El Testador no puede privar a los herederos de su legítima, únicamente en los casos expresamente determinados por la Ley; de igual manera no puede imponer sobre la legítima gravamen, ni condición alguna, ni institución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del cónyuge viudo.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación civil, sentencia de agosto 11 de 1967, tomada del Código Civil comentado por Jorge Ortega Torres; dice: “En todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, la herencia se divide en dos partes o cuotas; una cuota que constituye las legítimas; otra que es de libre disposición. En estos casos, la facultad de testar del testador queda limitada únicamente en cuanto debe respetar las legítimas.

Pero en el orden de los descendientes legítimos, la ley restringe aún más esta facultad de libre disposición de una cuota del patrimonio hereditario,

subdividiendo a su vez dicha cuota en dos cuotas iguales, una de que el testador no puede disponer sino de sus mismos descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y la otra de que puede disponer a su arbitrio a favor de cualquier persona, pariente o extraño. En consecuencia, en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, que es el que ordinariamente tiene lugar, la facultad de disposición de los bienes del padre de familia se haya más restringida, pues se refiere a una reducida cuota de herencia”.

En conclusión, la legítima es una institución mortis causa, propia del derecho sucesorio, de carácter obligatoria o necesario en virtud de la cual la ley reserva una determinada porción de los bienes de la masa relictas a favor de determinadas herederos. El testador no puede disponer libremente de aquella porción sino a favor de estas personas. La legítima como institución jurídica mortis causa, de derecho sucesorio, nace con la apertura de la herencia tras la muerte del testador, La ley respecto a la legítima no admite pactos, transacciones o renunciaciones sobre la legítima. Es además una institución, de cumplimiento obligatorio de carácter coactivo. La libertad del testador, su facultad dispositiva respecto de sus bienes para después de su muerte, se encuentra limitada por la legítima por cuanto el legislador le obliga a dejar, reservar o proteger determinados bienes a favor de determinados parientes, dejando a aquellos al margen de cualquier acto dispositivo lesivo para sus intereses.

4.6.1. CARACTERÍSTICAS DE LA LEGÍTIMA

- a. Son asignaciones forzosas, es decir, son de carácter obligatorios. Están contempladas en el ordenamiento jurídico.
- b. Es exclusiva de las asignaciones hereditarias.

- c. La cuota hereditaria contemplada en las legítimas es mínima; es una asignación mínima que recibe el legitimario de la herencia, y ello no impide que el legitimario reciba otras asignaciones hereditarias.
- d. Las legítimas pueden ser asignadas a través de donaciones
- e. La ley determina una prelación en el pago de la legítima.
- f. Las legítimas están exentas de modalidades, condición, gravamen, etc.
- g. Las legítimas están protegidas judicialmente.

4.6.2. ASIGNACIONES FORZOSAS

Las asignaciones forzosas, son las que se le imponen por ley al testador; y las que constituyen un impedimento a la voluntad de testar. Entre las consideradas por la doctrina tenemos:

- a. Los alimentos;
- b. La porción conyugal
- c. Las legítimas;
- d. La cuarta de mejoras.

Son legitimarios o herederos forzosos en el derecho colombiano, Artículo 1240:

- Los hijos y descendientes.
- A falta de hijos y descendientes (los padres y ascendientes).
- Los padres adoptantes.
- Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.
- Haya o no descendientes o ascendientes el cónyuge está protegido por la legítima y la legítima conyugal varía de menos a más según exista o no descendientes, o ascendientes, o no haya ni unos ni otros.

Para efecto de la remisión normativa, el artículo 1241 del Código Civil colombiano, dice: “Los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada”.

Son herederos forzosos, Artículo 807 Código Civil español:

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

Artículo 808 dice: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre”.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

El legitimario no es un heredero, es una persona específica protegida jurídicamente a la que la ley obliga a darle obligatoriamente algo; ese mínimo legal estas personas lo puede recibir como heredero o legatario, e incluso recibirlo en vida del testador vía donación.

Causales para desheredar a un hijo o descendiente

El Art. 744º CC. Español dice:

1. Haber maltratado o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor.

Esta causal tiene dos hechos fundamentales; el maltrato de obra o la injuria grave y esta conducta del hijo debe ser reiterativa.

El maltrato o la injuria se puede dar a través de actos como humillación, ofensa y desprecio al honor y honestidad del ascendiente; actos estos que constituyen el respeto mínimo que se debe tener con el orden familiar.

El ordenamiento en sí exige formalidades para poder fundamentar esta causal tales como constar en denuncias policiales, sentencias judiciales u otras corroboradas con el respectivo certificado médico legal que acredite el hecho.

2. Haberle negado sin motivo justificado alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.

La doctrina en general considera que tal negativa de dar alimentos cuando son requeridos, se puede probar a través de cualquier medio idóneo de prueba, este no precisa ser fundamentado a través de actuaciones judiciales. El deber de dar alimento es de carácter legal y moral, tal negativa viola principios fundamentales como el de solidaridad, equidad, justicia y otros.

La violación a esta causal es más grave aun cuando estos actos traen consigo la agonía, muerte o la mendicidad.

3. Haberle privado de su libertad injustificadamente.

Constituye también una causal de indignidad conforme prescribe el inciso 4 del artículo 667 del C.C. español.

La libertad es el valor supremo que posee toda persona, es la facultad que tiene el ser humano de obrar; violar la libertad es atentar contra el principio de la autodeterminación, ya que los sujetos de derecho deben de realizar y ejecutar sus actos que permitan al ser humano la libre circulación.

4. Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

El comportamiento deshonroso o inmoral constituye un desagravio al orden familiar, atenta contra el honor y decoro de la raza humana, se requiere que este comportamiento negativo sea habitual, permanente y constante, se excluyen conductas eventuales o circunstanciales.

La doctrina considera que esta causal es de carácter subjetiva y el testador puede valerse de ella o puede ser influenciado por terceras personas que tengan interés en la masa relictiva.

4.6.3. CAUSALES PARA DESHEREDAR A LOS PADRES Y OTROS ASCENDIENTES

El Art. 854º CC español dice:

1. Haber negado injustificadamente alimentos a sus descendientes

La obligación de dar alimentos es recíproca, cuando las circunstancias así lo ameriten.

Quien injustificadamente niegue alimentos viola un elemental deber jurídico y moral. La negativa de dar alimento es un acto de desagravio a la raza humana y atenta contra el más elemental principio de derecho el respeto a la vida.

En [derecho de familia](#), el derecho de alimentos es la facultad jurídica que tiene una persona, denominada [alimentista](#) o [acreedor alimentario](#), para exigir de otra, denominada [deudor alimentario](#), los alimentos. La obligación de dar y recibir alimento surge producto del parentesco sea consanguíneo o por adopción. El alimento es una de las más importantes fuentes de la solidaridad humana. Los alimentos son tan importantes que por la imposibilidad de los padres de dar alimentos y viceversa, esa obligación recae en los demás ascendientes o descendientes, por ambas línea paterna o materna.

La obligación de dar alimentos es recíproca, la persona que los da tiene a su vez derecho a exigirlos cuando los necesite.

El derecho de alimentos es la facultad que tiene la persona de demandar a otra, para que esta proporcione lo necesario según su condición. El alimento no solo es comida, es también habitación, vestido, salud, movilización, enseñanza básica y media y el aprendizaje de alguna profesión u oficio. Son objeto de demanda por alimentos los descendientes, ascendientes, hermanos, cónyuge, al padre del hijo que está por nacer, el donante, cuando la donación fue cuantiosa, etc. En el caso de los alimentos que se deben a los hijos, corresponden hasta los 25 años si este está estudiando.

2. Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por la que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

La patria potestad constituye el derecho y deber moral y legal, que poseen los padres para ejercer la función natural de protección y representación de la persona y bienes de sus hijos menores de edad.

Los padres pierden la patria potestad cuando su comportamiento es contrario al orden público, la moral, ley y las buenas costumbres.

Las causales de pérdida o privación de la patria potestad están plenamente reguladas en los ordenamientos jurídico de cada país.

4.6.4. CAUSALES PARA DESHEREDAR A UN CÓNYUGE

En algunos ordenamientos jurídicos las causales de desheredación del cónyuge son las mismas causales de separación de cuerpos y divorcio, como por ejemplo el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, incumplimientos de deberes conyugales, la conducta deshonorosa que haga insoportable la vida en común, pérdida de la patria potestad, etc.

Artículo 813. Del Código Civil español dice:

El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

La desheredación para que tenga fundamento legal, debe ser invocada y sustentada en causales de ley, debe ser expresa, probada y conforme a las causales legalmente establecidas, de lo contrario, la misma puede ser anulada por los tribunales a petición de parte.

El testador no puede desheredar sin fundamento alguno. Las causales de desheredamiento están plenamente establecidas en el ordenamiento jurídico; al

respecto el artículo 1266 del Código Civil de Colombia dice: Un descendiente o ascendiente no puede ser desheredado sino por algunas de las siguientes causales:

1. Por haber cometido injuria grave, contra la persona del testador, de sus bienes, por haber atentado contra el cónyuge del testador, o de sus hijos.
Esta causal de desheredación se extiende a los descendientes o ascendientes del testador.
2. Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo.
3. Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar;
4. Por haberse casado sin el consentimiento de una ascendiente, estando obligado a obtenerlo, esta causal es imputada a los menores de edad, no es causal de nulidad del matrimonio.

Una de las tres primeras causales le puede ser aplicada a los ascendientes en la legislación civil colombiana. La causal invocada por el testador para desheredar, debe ser expresada en su disposición testamentaria, y probada judicialmente, ello le daría oportunidad al legitimario para recurrirla. Sirven como medios probatorios para fundamentar la causal, las declaraciones testimoniales de los otros herederos. La causal o causales de desheredamiento invocadas pueden ser probadas en vida o después de la muerte del testador; y pueden ser invocadas por cualquiera persona interesada.

4.6.5. PERSONAS QUE NO PUEDEN SER DESHEREDADAS

La desheredación no es aplicable a las siguientes personas

- Los incapaces menores de edad.
- Los mayores de edad privados de discernimiento, tampoco pueden ser excluidos de la herencia por indignidad.

En materia de sucesión el caudal hereditario [se divide por disposición de ley](#) en tres tercios: el tercio de legítima, el tercio de mejora en la herencia y el tercio de libre disposición.

Un tercio de la herencia en materia civil se llama mejora y sirve para mejorar a un heredero forzoso, si el testador así lo quiere; por ejemplo, a uno de los hijos.

En la sucesión legitimaria, el heredero posee derechos y obligaciones, entre sus derechos podemos anunciar:

- a. Cobrar su legítima antes que los legatarios;
- b. Impugnar cualquier acto del causante en fraude de su legítima;
- c. Recibir la legítima libre: sin gravamen, carga, condición ni sustitución;
- d. Solicitar la reducción o anulación de los legados o donaciones inoficiosas:

Entre sus obligaciones podemos anunciar

- a- Igual responsabilidad que los herederos no legitimarios;
- b- No podrá repudiar la herencia y reclamar la legítima a costa de las donaciones (sí a beneficio de inventario cobrando la legítima reduciendo donaciones).

Existen diversas opiniones sobre la libertad de testar y ello tiene que ver con la legítima, algunos doctrinarios consideran que las limitaciones que la ley impone al testador a través de la legítima, ello constituye una protección a la familia y al cónyuge, independientemente del orden sucesoral. Los que no están a favor de

la legítima consideran que ello atenta contra el principio autonomía de la voluntad testamentaria, ya que la persona debería tener dominio y disposición sobre todos sus bienes.

En el [derecho español](#), la legítima puede estar constituida de dos partes una legal y la otra de mejora.

La legítima está condicionada a la situación familiar del testador cuando fallece

Si el testador fallecido tiene [descendientes](#), la legítima está compuesta por las dos terceras partes del caudal hereditario del testador. El testador está facultado si es su voluntad para disponer de la mitad de la legítima (un tercio del total de la herencia) para aplicarla como mejora a un hijo o descendientes determinado; el silencio del testador respecto a este tercio, el reparto del haber hereditario se hará por partes iguales. El último tercio restante de la herencia será el de libre disposición, tomando como fundamento la legislación interna de cada país.

Si el fallecido no tiene descendientes, pero si ascendientes, la legítima estaría compuesta la mitad del haber hereditario, excepto que concurrieren con el [cónyuge viudo](#) del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

Si el testador no tiene descendiente o ascendiente ni cónyuge, la legítima desaparece y tendría el testador la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

El Artículo 834 del Código Civil Español dice: El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o, de hecho, si concurre a la herencia

con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Doctrinarios consideran que la facultad dispositiva del testador está limitada parcialmente; el testador puede disponer de sus bienes a título de legado, por donación, a título de [heredero](#); el legitimario no necesariamente es un heredero, heredero y legitimario no son términos sinónimos.

4.6.6. REQUISITOS DE LA DESHEREDACIÓN

- Exista causal legal en que se fundamente la acción de desheredación;
- Únicamente afecta a herederos forzosos o legitimarios;
- La causal debe ser emitida a través de testamento válido;
- Debe ser expresa y concreta;
- La causal debe ser justificada. No es producto del libre arbitrio del testador.

4.6.7. PERSONAS OBJETO DE DESHEREDACIÓN

Únicamente pueden ser desheredados los legitimarios o herederos forzosos, desheredación no es privar a una persona de la condición de heredero, para ello solo basta con no nombrar a la persona que se quiere desheredar, la desheredación, es privar a las personas a las que la ley obliga a dejarle una parte de los bienes relictos. "el heredero forzoso, no es forzoso que sea heredero".

4.7. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN

El heredero desheredado queda privado de toda participación en la herencia.

Las donaciones realizadas en vida por el testador en favor del heredero no pueden ser revocadas, excepto que el hecho que haya dado lugar a la

desheredación sea también causa de revocación de la donación. La reconciliación deja sin efecto la desheredación.

El desheredamiento se extiende a las legítimas, asignaciones por causa de muerte y a las donaciones, salvo que el testador haya limitado los efectos. No se extiende a los alimentos salvo con algunas excepciones. El desheredamiento puede ser revocado y su revocación puede ser total o parcial.

La resolución de la condición de heredero lleva consigo la extinción de la legítima, excepto que la acción de contradicción le haya sido favorable. El hecho que una persona sea desheredada, no implica que pierde el derecho a recibir otras liberalidades del causante.

- La desheredación activa el derecho de representación hereditaria si el desheredado tiene descendiente, y da lugar al acrecimiento si no hay descendiente ni ascendiente.
- La desheredación tiene efecto retroactivo.
- La desheredación es personalísima e intransmisible, por lo tanto no perjudica los derechos hereditarios de sus descendientes y ascendientes en el supuesto que no existan los anteriores.
- La desheredación extingue la vocación hereditaria, por mandato de la ley el heredero es considerado como si nunca hubiese tenido vocación hereditaria respecto de la persona quien lo ha desheredado.

CAPÍTULO V

LA POSITIVIZACIÓN DE LA PREMORIENCIA EN LOS PROCESOS SUCESORIOS TESTADOS

5. PREMORIENCIA Y CONMORIENCIA, CONCEPTO

5.1. PREMORIENCIA

El concepto premoriencia es típico del [derecho sucesorio](#), constituye una [ficción jurídica](#) para determinar quién ha muerto primero sin justificación de circunstancia alguna. Nosotros la definimos como la muerte antes de la muerte, ya que existe en la doctrina un orden de prelación para morir, ello de manera excepcional.

Por ejemplo, supongamos en un accidente automovilístico, en donde esté presente el padre con 90 años y el hijo con 27, lo lógico es que debería morir el padre primero por las diferentes condiciones fisiológicas. Quien tenga mayor edad, está más cercano a la muerte.

La premoriencia según los [ordenamientos jurídicos](#), tiene mucha importancia a la hora de definir los traspasos de bienes a través de la [sucesión](#). La premoriencia es la muerte anterior a otra.

5.2. CONMORIENCIA

La conmoriencia, o teoría de los comurientes es, para el [Derecho sucesorio](#), una [ficción jurídica](#), cuya finalidad es determinar que familiar murió primero. Si en un accidente no se puede determinar quién murió primero, según la ficción jurídica comurientes, se presumen que murieron en el mismo instante.

Para efecto del derecho sucesorio, es importante determinar quien murió primero.

5.3. LA NECESIDAD DE POSITIVIZAR LA PREMORIENCIA EN LOS PROCESOS SUCESORIOS TESTADOS

La importante evolución que ha tenido el derecho sucesorio en todo su contexto producto de la postmodernidad, el nacimiento de nuevas fuentes de derecho, los diferentes criterios jurisprudenciales y el aporte significativo de las diferentes corrientes doctrinales y sobre todo la protección del interés familiar, justifican la adopción de medidas legislativas que sistematicen la premoriencia en el derecho de representación testado, como una forma de transferir el dominio de los bienes, tomando como fundamento el orden sucesoral y que ello excluya el derecho de acrecer cuando no sea absolutamente necesario. Así pues, la ausencia en nuestra legislación de parámetros precisos al respecto, impone la necesidad de positivizar la premoriencia con prelación al derecho de acrecer.

Partiendo de la premisa básica de que el Derecho de Representación no agota en su regulación positiva todos los aspectos inherentes a las relaciones que pretende regular, el problema central del estudio planteado es determinar si los planteamientos consagrados en el Derecho de Representación constituyen la respuesta a todas las interrogantes que la aplicación del Derecho de acrecer en un momento determinado podría resolver, o si, por el contrario, se hace necesaria la formulación de una teoría general del derecho que sirva de base para subsanar las posibles incongruencias que se den producto de formalidades jurídicas reguladas por el Derecho Civil, taxativamente artículo 781 C.C.P. y que de una manera u otra perjudican el entorno social familiar tan importante para mantener la paz y la seguridad de la familia.

La **Declaración universal de los derechos humanos** en su Artículo 22 dice: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad

social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

Igualmente, el artículo 25 de la misma declaración dice:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

La **Convención americana sobre derechos humanos** (Pacto de San José), Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, en su Artículo 17 sobre la protección a la Familia dice:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que

aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Está plenamente regulado el derecho de representación en los procesos sucesorios intestados y como tal está debidamente ubicado en nuestra legislación Civil, Libro Tercero Título II, Capítulo II; pero existen disposiciones del derecho testado incluidas en el derecho intestado, a través del derecho de Representación, ejemplo el Artículo 644 del Código Civil que a la letra dice: “Si el excluido de la herencia por incapacidad o por haberla repudiado fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la herencia.” Es decir, si el disponente A, instituye como heredero a B que es su hijo y a C, que es un amigo, a una misma herencia o a una misma porción de ella y C, es excluido de ella, por las causales señaladas en el artículo 644, la parte de C, acrece a B. Ahora bien, si se llega a presentar la misma situación, pero se instituye de manera determinada a C, la parte de este, se va al proceso intestado. De allí el concepto mixto del proceso sucesorio; también se puede presentar una sucesión mixta cuando se dejan bienes fuera del testamento. En nuestra tesis doctoral nosotros hacemos una explicación detallada del derecho de representación y de la partición hereditaria en el derecho de representación.

Para poder hablar de la positivización de la premoriencia en los procesos sucesorios testados es necesario conocer las generalidades del derecho sucesorio, y es por ello que en nuestra tesis doctoral nos referimos a las generalidades del derecho sucesorio.

La no positivización de la premoriencia en los procesos sucesorios testados afecta derechos fundamentales, ya que se desprotege a la familia que es lo más importante que existe en la vida del ser humano. No hay valor superior a la familia, en la familia están inmersos los principios fundamentales del ser humano y el que irrespete a la familia atenta contra el principio pro omnis. No hay nada que esté por encima de la dignidad del ser humano, ya que de ella derivan todos y cada uno de los derechos fundamentales de la especie humana.

5.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PRODUCTO DE LA NO POSITIVIZACIÓN DE LA PREMORIENCIA

La no positivización de la premoriencia en los procesos sucesorios testados, trae consigo la afectación de derechos fundamentales. Para hablar de la necesidad de positivizar la premoriencia, es necesario tener conocimiento de lo que es el derecho de representación y la partición hereditaria; temas estos que han sido tratados en esta tesis doctoral.

Generalmente no se peticiona de manera correcta la inclusión de heredero vía derecho de representación y ello trae consigo la no admisibilidad de dichos incidentes, toda vez que los mismos no cumplen con las formalidades establecidas. Igualmente se equivocan los tribunales cuando mediante sentencia realizan la partición hereditaria donde está incluida la institución del derecho de representación, y todo ello afecta la partición hereditaria y atenta contra el principio economía procesal.

El artículo 644 del Código Civil de Panamá está ligado con el artículo 781, que a la letra dice: “El heredero que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no trasmite ningún derecho a sus herederos,

salvo lo dispuesto en el artículo 644. Consideramos que este artículo debe ser declarado inconstitucional y se debe corregir el artículo 644 de manera que se le adicione la normativa jurídica, respecto a la positivización de la premoriencia. Si se positiviza la premoriencia, en consecuencia, se positiviza la conmoriencia.

Si el testador A, instituye como heredero a sus hijos B, C, D, y por alguna razón uno de ellos fallece primero que el testador, la parte del hijo premuerto, acrece a los demás hermanos, excluyendo a los hijos de este.

En nuestro derecho positivo la incapacidad por indignidad ha sido positivizada, véase La Sentencia civil de Corte Suprema de Justicia (Pleno). Sala Primera de lo civil, de 3 de julio de 2001. (caso Recurso de revisión de la Corte Suprema de Justicia); y si ello es así, por qué razón no se puede positivizar la premoriencia.

5.5. LA PREMORIENCIA EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

En nuestro ordenamiento positivo el derecho de representación está plenamente regulado en el derecho sucesorio intestado y en ciertos aspectos en el derecho testado. El Código Civil panameño, y la jurisprudencia respecto a la representación en materia de sucesión testada, establece excepciones en el sentido que se acepta la representación en la indignidad, en el repudio o renuncia a la herencia, después de haber sido instituida la persona, mas no en la pre muerte. La legislación colombiana dice que el heredero puede prohibir el acrecimiento y ello trae consigo la representación en la pre muerte.” (Suárez, Franco R. 2003, Pág., 400)

El Código Civil colombiano artículo 1212, excluye el derecho de acrecer y el artículo 1214 sobre el derecho de transmisión dice: “Si el heredero o legatario cuyo derecho a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o

repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho a aceptar dicha herencia o legado o repudiarlo, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido.”

5.6. DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LOS PROCESOS SUCESORIOS

5.6.1. GENERALIDADES

En cuanto al significado de Derecho de Representación, se dice que es un supuesto característico de la llamada delación indirecta, porque supone la existencia de otra vocación que determina el contenido máximo de la atribución que la ley reconoce a quien ha sido favorecido con dicho instituto.

El derecho de representación es la facultad legal que tienen ciertos herederos de recoger la herencia que sus padres o hermanos no quisieron o no pudieron recoger.

El Artículo 628 del Código Civil, de la República de Panamá dice que: La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que le sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla.

5.6.2. CONCEPTO

Llámesese Derecho de Representación al que tienen los parientes legalmente reconocidos de una persona, para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiere podido heredar. En el derecho panameño existen dos formas

de suceder *ab intestato*, aunque nuestro Código no hace tal distinción, directa o personalmente y por derecho de representación.

Directa o personalmente, se da cuando el heredero es llamado a recibir la herencia del causante por ser deferida por la ley; y por derecho de representación, se da cuando el causahabiente viene a ocupar el puesto del padre o de la madre que no pudo o no quiso suceder; no pudo porque falleció antes que muriera el dueño de la herencia o no quiso porque repudió la herencia. En la actualidad se concibe el derecho de representación de acuerdo a criterios objetivos y no subjetivos. De ahí el principio aceptado de que la representación se instituye exclusivamente por la ley no por la voluntad del causante ya que si ello fuere así estaríamos hablando de sucesión testamentaria.

El derecho de representación constituye una prerrogativa para los herederos beneficiarios en el sentido de que ellos acuden al mismo incondicionalmente; son actos enteramente voluntarios y de libre disposición.

Doctrinarios chilenos, señalan que: La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder.

Estos autores, en un análisis posterior al derecho de representación, indican que se puede ver muy claramente ciertas inexactitudes en dicha definición, y critican la misma ya que hace pensar que el Derecho de representación surge del representado, y no es así por cuanto que el llamamiento directo a la estirpe del heredero se da cuando éste no quiere o no puede suceder.

La crítica obedece al hecho que con la definición se afirma que el representante tiene el lugar del representado, es decir, que lo que en realidad sucede es que el nieto se subroga a su madre en la sucesión del abuelo, a través del traspaso de los derechos de madre a hijo. Sin embargo, se considera que lo propio hubiese sido manifestar que el representante ocupa el lugar del heredero que no quiere o no puede suceder; ya que en la representación sucesoral no existe ficción alguna, y que, en tal caso, el representante es llamado directo y personalmente por la ley.

“Estas impropiedades tienen su origen en la idea de ver en el derecho de representación una ficción legal, que no existe. Nada hay de ficción en la representación sucesoral. El representante es llamado directa y personalmente por la ley. Lo que sucede es que se altera el principio de que el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto.”

Es importante resaltar que el heredero por representación es un supuesto característico del llamamiento a aceptar o a repudiar la herencia, puesto que la delación indirecta siempre es legal, porque supone que exista otra vocación, es decir, un simple llamamiento a la sucesión, para determinar hasta qué punto la ley le reconoce al favorecido tal atribución.

Ahora bien, para corroborar fielmente la definición legal del Derecho de representación, el Código Civil Panameño, en su artículo 655 taxativamente dice:

“Llámesese Derecho de Representación, al que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar”.

La profesora Esmeralda Arosemena de Troitiño, critica la definición dada al derecho de representación y al respecto dice: “Se habla de parientes en términos generalizados sin distinción alguna, pero este derecho alcanza sólo a ciertos parientes, establecidos por ley expresamente”. Señala la distinguida jurista que se sucede al heredero -este que no puede o no quiere heredar-, pero hay que aclarar, afirma la profesora Troitiño, que a quien se sucede es al causante, por una subrogación personal. “El término representación se usa de manera impropia”, nos dice, “ya que no se actúa jurídicamente en nombre de otra persona ni se afecta al patrimonio del llamado.”

La representación es la vocación legal de los descendientes del "de cujus" para conseguir en ésta los mismos derechos y soportar las mismas cargas, que hubiera conseguido y soportado el propio heredado.

En materia sucesoria deferida por ley y tomando como fundamento nuestro Código Civil, artículo 652, se señala que “en las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar”.

La propia doctrina considera impropio el uso del término representación para referirse a este derecho. En tal instituto falta la verdadera noción de representación, pues para que exista la representación, se requiere que una persona llamada representante actúe jurídicamente en nombre de otro llamado representado. Nada de eso sucede en el llamado derecho de representación sucesoral con el que el derecho resuelve un problema preferentemente humano. En efecto, la representación sucesoria es una especie de subrogación personal delegada por medio de la ley en los derechos y cargas que hubiera correspondido a la persona cuyo lugar se ocupa.

En el Capítulo II, Título II, del Libro III del Código Civil Panameño, en sus artículos del 655 al 660, se preceptúa que el derecho de representación sólo se aplica en la sucesión intestada, no así en la vocación testamentaria. Refiriéndonos al Código Civil Italiano de 1942, es importante señalar que en su artículo 467, párrafo 2°, éste introduce la novedad de admitir la representación en la sucesión testamentaria.

5.7. ORIGEN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

Es en Roma, durante la época del Emperador Justiniano, en donde tiene su origen el instituto derecho de representación. Previo a la representación regía la Ley de las doce Tablas, según la cual la herencia de los intestados correspondía en primer orden a los herederos por derecho propio, por ejemplo: los hijos del causante, o sea los “sui heredes” aquellos que, a la muerte del causante, se hallaban bajo su potestad.

Fundamentalmente, al referirse a los herederos, se hacía referencia a aquellas personas que estaban bajo la protección del causante, llámese una nuera, un nieto, etc., pero en relación con el nieto, para que éste sea considerado heredero, no basta que haya estado bajo la potestad del abuelo al momento de su muerte, sino que es preciso, además, que su padre en vida del abuelo haya cesado de ser heredero suyo y ser arrebatado a su familia, ya por la muerte, ya por cualquier otra causa de las que libran la patria potestad; entonces, en efecto, el nieto o la nieta ocupan el lugar de su padre. Según las Doce Tablas el derecho a heredar a los sui, depende de que el padre de familia hubiese fallecido sin dejar un testamento válido; siendo entonces que el fenómeno de la pre-muerte, fue considerado como el requisito para que el sobreviviente se considerara como su heredero a través de la representación.

El instituto del derecho de representación tiene un fundamento técnico-jurídico, con sustento originario en la ley; con el tiempo ha evolucionado y su concepción es objetiva y realista con un gran contenido sociológico.

En el derecho quirritario los fundamentos de la sucesión intestada son regidos por la costumbre. Antes de las doce tablas, ya los romanos estudiaban e implementaban el instituto de la representación nominado y caracterizado por el derecho medieval.

Los conceptos parentales u órdenes sucesorales, provienen del derecho romano y se mantienen casi intactos en nuestro derecho contemporáneo. En el régimen de las doce tablas se estableció por primera vez una forma legal de transmisión, sui heredes. Se constituían los herederos legítimos o adoptivos bajo la potestad directa del causante; heredaban la mujer in manu que estaba considerada loco filiae y los hijos póstumos.

También se dio la orden de los principales agnados, que hacían de colaterales al lado de los anteriores agnados privilegiados es decir todos los descendientes de grado ulterior, comprendidas las nueras y esposas in manu de los nietos, que por el hecho del pre fallecimiento o emancipación de los ascendientes intermedios se hacen sui iuris a la muerte del causante.

Se atribuye a Ulpiano haber sintetizado los modos de ocupación del patrimonio familiar por herencia "Si intestato moritur, cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto; si adnatas nec escit, gentiles familiam habeto (síntesis de la regla establecida en las doce tablas).

Según Gayo, en el primer orden se podía dar el supuesto de una substitución por stirpe cuando hay un nieto o nieta por parte de un hijo varón premuerto. Al

admitirse que los nietos o nietas y los bisnietos o bisnietas sucedan en el lugar de su padre pareció conveniente dividir la herencia, no por cabeza sino por estirpe.

Este constituye según lo aseveran los romanistas uno de los ejemplos más antiguos del derecho de representación por estirpe.

La doctrina civilista en los países latinos tuvo en cuenta las costumbres y el derecho romano. Los civilistas sobre la base de este último construyeron la teoría de la representación concibiéndola como un mecanismo derivado del derecho del ascendiente pre fallecido en consecuencia se aceptaron estos criterios o principios representativos; no se admitía la representación en caso de repudio de la herencia del representado por parte del representante. Con esto queda establecido que la figura del derecho de representación no es nada nuevo y que vino a suplir la necesidad de quienes con derecho en la herencia se les dejaba por fuera.

5.8. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

Entre las teorías que fundamentan el Derecho de Representación, las cuales tienen ciertas coincidencias con las que fundamentan la sucesión intestada, se citan las siguientes:

5.8.1. TEORÍA DE LA VOLUNTAD PRESUNTA DEL CAUSANTE

Savigny, Ricci, Pacifici – Mazzori, etc., al respecto puntualizan que el destino que se da a los bienes es más acorde con la presente voluntad del causante, porque se supone que éste pretende que los familiares hereden por igual.

Esta idea es compartida por Manresa, quien manifiesta que, en este caso, en el corazón del abuelo, los nietos suplantán el lugar del hijo que pierde; esto

demuestra que, una vez ocurrido dicho deceso, son los nietos los que llenan ese vacío, logrando así la resignación del abuelo.

Tal afecto se iguala al de los hijos que aún viven, con el de los nietos que quedan sumidos en la orfandad; en situación similar, sin embargo, también ocurre a un hermano con los hijos de sus otros hermanos.

A pesar de dichos planteamientos, la doctrina manifiesta que esta teoría se encuentra en descrédito por artificiosa e inútil.

5.8.2. TEORÍA OBJETIVA Y SUBJETIVA

Castán y Tobeñas, son los defensores de esta teoría sostienen que el derecho de representación se basa tanto en razones objetivas como subjetivas. El derecho de representación tiene sus efectos a nivel familiar, social y humanitario.

Las razones de las que hablan en el nivel familiar y social, señalan que dicho derecho de representación tiende a proteger los vínculos familiares, para asegurar que la participación hereditaria sea igual en diversas estirpes. En cuanto al orden humanitario éste representa la satisfacción producida por un sentimiento piadoso, responsable y con el que se trata de reparar el perjuicio económico provocado a los huérfanos con la muerte prematura del padre, originado por el dolor de la pérdida prematura.

5.9. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

5.9.1. Naturaleza jurídica

El derecho de representación es la facultad legal que tienen ciertos parientes de recoger la herencia que su padre, madre o hermano no pudieron recoger; es decir, los representantes se subrogan en el representado en los derechos

hereditarios de éste. El Derecho de Representación hace posible que ciertos parientes del heredero premuerto o que no hayan podido heredar, se subroguen en los derechos hereditarios de este, y no sean excluidos así de la masa relictiva que le correspondería, al que, por distintas circunstancias, no quiso o no pudo heredar.

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha considerado la representación como una ficción jurídica, mediante la ficción la ley se toma como verdadero algo que no existe o algo que podría existir, pero se desconoce la forma para fundamentar en ella un derecho; inclusive hay doctrinarios que consideran al derecho en sí como una ficción. El procesalista colombiano, Romero Cifuentes Abelardo, afirma que, la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 24 de septiembre de 2004, indicó que: “La representación es una ficción legal en que se supone que una persona ocupa el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o su madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Suceder por representación significa suceder de otra persona, ocupando su sitio, sustituyéndolo en virtud de la autorización de la ley”. (Romero C. Abelardo. 1983, Pág.47)

5.10. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO

Nuestro derecho positivo, reconoce el derecho de representación en nuestro Código Civil, en el Libro Tercero, relativo a la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, Título 11, Capítulo 11, y mediante éste se le permite a un descendiente ocupar el lugar que su padre o madre tendrían de haber podido suceder, garantizando con esto la equidad que debe existir entre los herederos. Al respecto nuestro Código Civil, artículo 655 dice: “Llámesese derecho

de representación al que tienen los parientes de una persona para suceder en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera querido heredar “.

Para invocar la institución de la representación por quien o quienes se crean llamados a representar deben concurrir los siguientes requisitos que establece el artículo 656 de nuestro Código. Artículo 656: “hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales. Fuera de estas descendencias no hay lugar a representación.”

Mediante el acuerdo 72 de 21 de noviembre de 1947, nuestra Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 656 de nuestro Código Civil, toda vez que limita el derecho de representación en las sucesiones intestadas, o la descendencia legítima del difunto; dicha inconstitucionalidad se fundamenta en el hecho de que se eliminó del contexto jurídico la diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales, toda vez que ello atenta contra la dignidad de la persona humana. Mediante consulta referente a si el artículo era inconstitucional en parte o en su conjunto se dicta el acuerdo 34 de 25 de junio de 1953 que dice: “El artículo 656 del Código Civil a la luz de la Constitución vigente, debe interpretarse sin que involucre discriminación alguna respecto de la naturaleza del parentesco entre el causante y sus descendientes y hermanos, al reconocer el derecho de representación a las sucesiones intestadas, a favor de la descendencia del difunto y a favor de la descendencia de los hermanos del difunto.” (Jurisprudencia Constitucional. Tomo 1, Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, Panamá 1967, pág. 48 y 197).

Observamos claros los requisitos en cuanto a la calidad de las personas que pueden ejercer el derecho de representación y deben ser clasificados así: a la

descendencia del difunto y a la descendencia de los hermanos del difunto, toda vez que el tercer grupo, es decir, en la descendencia de sus hijos o hermanos queda absorbida por los dos primeros grupos.

Ahora bien, hay que entender el concepto de familia en cuanto a los hijos o parientes legítimos al tenor del artículo 12 del código de la familia “La familia la constituyen las personas naturales unidas por el vínculo del parentesco o matrimonio”.

En cuanto a los hijos establece el artículo 237 del código en comento: “Todos los hijos e hijas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos”.

De aquí que pueden representar ya sea los hijos del matrimonio y en igual proporción a los hijos que se hayan concebido fuera del matrimonio.

Ante esta discusión la Corte Suprema se ha pronunciado respecto a los hijos naturales que tengan derecho a heredar en las sucesiones intestadas y que puedan ejercer el derecho de representación a favor de la descendencia del de cujus. La Corte Suprema expresó: “Sólo se reconoce ahora por tanto el derecho de representación a favor de estos grupos:

A: descendencia del difunto

B: descendencia de los hermanos del difunto.

Es fundamental la representación en nuestro derecho positivo, por su carácter social, y frente al derecho de acrecer debe ser preferente, es por ello que en otras legislaciones el testador puede prohibir el derecho de acrecer; con el derecho de representación se les brinda la oportunidad a los hijos a concurrir con sus tíos a compartir la universalidad del causante de acuerdo a la ley. La

representación garantiza la equidad que debe existir entre los herederos de un mismo orden; si no existiera el derecho de representación los descendientes del fallido o del que repudia la herencia serían excluidos de ella. El derecho de representación alcanza a los nietos y es la facultad que los nietos tienen de heredar a sus abuelos después de la muerte de su padre o madre. En nuestro derecho positivo en virtud del derecho de representación, los nietos heredan con posterioridad a la pre muerte del heredero directo. Esto es así porque de no darse la pre muerte no se produciría una de las condiciones de dicha institución.

De no darse la pre muerte o cualquiera de las condiciones del derecho de representación y de invocarse esta institución *pro omiso* a estos hechos, existiría la posibilidad de que el heredero directo después de haberse deferido la sucesión y hecha las asignaciones correspondientes, mediante un juicio sumario pueda pedir la anulación de ese proceso sucesorio; y esto produciría que el heredero directo le disputara su derecho hereditario a sus propios hijos o hijas.

5.11. REQUISITOS FUNDAMENTALES PARA QUE PROCEDA LA REPRESENTACIÓN

Para que el derecho de representación tenga su efecto jurídico y el mismo pueda ser invocado deben darse las siguientes condiciones:

- Que exista una condición parental de vacancia.
- Que el que invoca la representación, reúna los requisitos de ley para justificarlos; es decir que sea descendiente del representado.
- Que los grados de parentesco intermedios estén vacantes; es decir que el representado falte a la apertura de la sucesión.
- Que el representante sea capaz y digno de suceder al causante.

5.11.1. LA EXISTENCIA DE UNA CONDICIÓN PARENTAL DE VACANCIA

Con respecto a la condición de vacancia, esta se da por diferentes causas, todas ellas aceptadas por nuestro ordenamiento jurídico; puede faltar el representado y dejar su vacante por haber renunciado o repudiado a su herencia, por la muerte del heredero directo, por incapacidad por causa de indignidad, y por la declaración de ausencia.

5.11.2. POR LA RENUNCIA O EL REPUDIO DE LA HERENCIA

Quien repudia una herencia elimina de su patrimonio una asignación deferida por ley, esto constituye un acto de empobrecimiento, y esta acción conductual no debe afectar al descendiente del que repudia. Nuestro procedimiento jurídico nos faculta para invocar el derecho de representación, y así ocupar el lugar de aquella persona que, por ignorancia, capricho o algún tipo de resentimiento repudia la asignación. Cuando se repudia la herencia en perjuicio o daño de los acreedores, empobreciéndoles, tienen ellos todo el derecho de pedir la rescisión de tal acto, ya que el mismo fue hecho en fraude a sus acreencias.

En nuestro derecho positivo la renuncia o el repudio es otra condición para invocar el derecho de representación. La persona que representa al heredero, mediante el derecho de representación se coloca en su lugar y ejerce por ministerio de ley sus derechos. En el derecho de representación el representante no es sucesor del representado sino del de cujus; de allí el concepto de vacancia; ejerciendo un derecho propio. Para que se dé la figura del representado éste debe faltar antes del causante o al mismo tiempo, de lo contrario no se puede invocar el derecho de representación, es por ello que la asignación de la herencia no se defiere al representado sino a su representante.

Al respecto nuestro Código Civil artículo 660 dice: “No podrá representarse una persona viva sino en los casos en que el representado sea incapaz para suceder por causa de indignidad.”

En el derecho sucesorio puede faltar el representado por diferentes condiciones, sea porque no quiere suceder o no puede suceder; cuando estas condiciones se dan, nace el derecho de representación. El causahabiente es completamente libre de aceptar o repudiar la herencia; pero estas condiciones no deben perjudicar al representante, ya que este, haciendo uso de las facultades otorgadas por la ley, puede recoger la asignación. El derecho positivo panameño, artículo 874, al referirse a la aceptación manifiesta que es voluntaria y libre, el heredero por vocación ostenta el ius delationis, es decir tiene el derecho de aceptar o repudiar lo que se le defiere, sea por ley o por voluntad del testador. “La aceptación es el acto jurídico por el cual el sucesor llamado, manifiesta su voluntad y decisión de ser heredero, asume dicha condición y la responsabilidad que corresponda (capacidad para suceder) y expresa libremente su voluntad”. (Arosemena T. Esmeralda, 208, Pág. 48)

5.11.3. POR LA MUERTE DEL HEREDERO (PRE MUERTE)

No se debe invocar el derecho de representación omisso-medio o per saltum; el derecho herencial es regulado por la ley y por el testador y sólo los herederos que tengan esa vocación sucesoral pueden solicitarlo siempre que la descendencia precedente se encuentre libre.

Causante A, tiene tres hijos, hijo B, hijo C e hijo D; el hijo D es premuerto, pero este tiene dos hijos, hijo E e hijo F, que son nietos del causante., el hijo D no puede suceder por ser premuerto, pero sus descendientes pueden recoger la herencia, por ser parientes del difunto y estos recogen la asignación con sus

tíos B y C, los nietos heredan por stirpe y los tíos por cabeza. Lo mismo sucedería si D es indigno o ha repudiado la herencia.

Nuestro derecho positivo no admite el derecho de representación en las sucesiones testamentarias ya que lo que existe en nuestras leyes es el derecho de acrecer lo cual beneficia al resto de los herederos instituidos en caso de que alguno de ellos renuncie o repudie la herencia. Al respecto el artículo 693 b de nuestro Código Civil señala:

“Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere:

1. que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes:
2. que uno de los llamados muera antes que el testador, que renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla”.

No debemos confundir la incapacidad señalada en el numeral 2 del artículo 693 b citado, con el que nuestro derecho atribuye la incapacidad por causa de indignidad. La incapacidad se da por el hecho de que el asignatario ha premuerto al causante, es decir el hijo que fallece antes que el causante y dicha muerte prematura hace al hijo incapaz de recoger la herencia y como consecuencia de ello su lugar está vacante a la fecha de la apertura de la sucesión. La pre-muerte en el derecho sucesorio testado, constituye la única condición para que no se dé la representación en los procesos sucesorios testados; ello ocurre fundamentado en el hecho de que nadie puede traspasar lo que no ha tenido.

Con respecto a la representación sucesoria la doctrina colombiana entre otros dice: Se amplía el efecto presunto del causante; si primeramente su efecto desciende, luego asciende y finalmente se extiende. El instituto del derecho de

representación permite al descendiente ocupar el lugar de su padre o madre después de su muerte.

El derecho de representación en los procesos sucesorios intestados después de que se produzca la vacancia por alguna de las condiciones mencionadas suele darse la posibilidad de invocar la representación.

Analicemos a través de un ejemplo el derecho de representación; Causante A tiene cuatro hijos, llámense hijo B, con vocación sucesoral, hijo C, declarado indigno, hijo D, no quiso o repudió la herencia e hijo F, premuerto; para efecto de la partición hereditaria la masa herencial se divide en cuatro partes iguales, el hijo B hereda por cabeza y los nietos en caso de existir heredarían por estirpe.

Al respecto nuestro Código Civil Artículo 657 dice: “Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpe, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado.” Igualmente, nuestro Código Civil Artículo 659 dice: “No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado a su herencia”.

En la legislación colombiana se da la representación por desheredamiento; instituto propio del derecho sucesorio testado; no así en nuestro derecho positivo.

En el derecho panameño salvo prueba en contrario, el nacido se presume concebido trescientos días antes de su nacimiento por ello pueden heredar por representación. En la legislación colombiana se habla del premuerto, que es el gran incapaz de suceder, esta concesión es recogida del código chileno, que consagró la muerte civil. Con respecto a nuestro derecho positivo, Código Civil,

Libro Primero, Título I, Capítulo 111, respecto al fin de la existencia de la persona, Artículo 45 dice:

“La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. La menor de edad, la demencia o la imbecilidad, la sordomudez del que no sabe leer y escribir, no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos dos estados son susceptible de derechos y aún de obligaciones cuando estas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.”

Nuestro Código Civil no consagra el concepto premuerto; sólo resalta que la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona.

En nuestro derecho positivo, esta es la condición más común para invocar el derecho de representación en los procesos sucesorios intestados, no así en los procesos sucesorios testados. La persona que representa al heredero, mediante el derecho de representación se coloca en su lugar y ejerce por ministerio de ley sus derechos. Para que ello suceda es necesario acreditar el parentesco que se tiene con el representado. En el derecho de representación el representante no es sucesor del representado sino del de cuius; de allí el concepto de vacancia, ejerciendo un derecho propio. Para que se dé la figura del representado éste debe faltar antes del causante o al mismo tiempo, de lo contrario no se puede invocar el derecho de representación, es por ello que la asignación de la herencia no se defiere al representado sino a su representante. Al respecto nuestro Código Civil artículo 660 dice: “No podrá representarse una persona viva sino en los casos en que el representado sea incapaz para suceder por causa de indignidad.”

5.11.3.1. INCAPACIDAD POR CAUSA DE INDIGNIDAD

Cuando se produce la incapacidad por causa de indignidad, la ley permite que los descendientes de éste representen al ascendiente vivo, ya que aquel ha sido objeto de una sanción. Con esto se prevé el daño que pudiese ocasionar la mala acción del heredero directo por su mala conducta. La persona declarada indigna por algunas de las causales mencionadas en el Artículo 641 del Código Civil, se le excluye de los bienes hereditarios del de cujus, sin que la pena personal de indignidad trastoque los derechos de los descendientes del sancionado. Obtenida la declaración judicial que excluye al indigno de la herencia, mediante el derecho de representación los descendientes del sancionado ocupan el lugar del indigno. Se evita que los hijos inocentes paguen la culpa de sus padres. Respecto a ello nuestro Código Civil artículo 660 preceptúa: “No podrá representarse a una persona viva sino en los casos en que el representado sea incapaz para suceder por indignidad.

La sanción de indignidad es personalísima y no alcanza a los descendientes del sancionado. Por ello los descendientes pueden invocar el derecho de representación subrogándose así el lugar del indigno. El artículo 641 de nuestro Código Judicial dice: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1. Los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor;
2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes;
3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa;

4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio;

Cesará esta obligación en los casos que según la ley no hay obligación de acusar;

5. El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador. (Declarado inconstitucional mediante fallo de 29 de septiembre de 1995.)

6. El que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo; Concordante con los artículos 705, 706 C. C.

7. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocare el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior

8. El pariente del difunto que hallándose éste demente o abandonado, no cuide de recogerlo o hacerlo recoger.

5.11.4. POR LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

Nuestro ordenamiento jurídico establece como puede declararse la ausencia; al respecto el artículo 50 del Código Civil dice: “Pasado dos años sin haberse tenido noticias del ausente o desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.”

La ausencia en el derecho se puede dar por el desconocimiento del paradero de la persona o por su presunción de muerte. Nuestro Código civil, artículo 57, respecto a la presunción de muerte del ausente dice: “Pasado cinco años desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o sesenta

desde su nacimiento, o tres meses si su desaparición se debe a casos de guerra, naufragio, incendio o cualquier otro siniestro o accidente, el tribunal a instancia de parte interesada declarará la presunción de muerte.

Solicitarán la declaración de ausencia los parientes que hubieren de heredar ab intestato. El derecho de representación en la declaración de ausencia se produce porque el lugar del representado está vacante, vacancia esta que se da por la falencia del representado, toda vez que judicialmente fue declarada su ausencia.

5.12. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Es el derecho romano la fuente principal del derecho contemporáneo; el derecho romano se ha trasladado casi taxativamente a los derechos positivos vigentes, y no puede ser el derecho de representación la excepción. Nuestro derecho positivo está inmerso en la tradición romanista a través del derecho español que es una de las fuentes de nuestra codificación civil. El instituto del derecho de representación se fundamenta en la codificación española y este a su vez en la tradición romanista. Es a partir de ese momento en que se conceptualiza la representación, la cual suple la falta de un heredero legítimo en cuanto al rango que ocupaba en línea y grado sucesible en la herencia del causante, para que el patrimonio dejado por este último, se repartiére equitativamente en el grupo familiar (hasta el grado sucesible) sin exclusiones odiosas o injustas. Fueron los romanos los primeros en tratar el derecho de representación, aunque los escritos romanos no hacen referencia a este instituto. Los romanos concibieron la idea de que los nietos se constituyeran en herederos de sus abuelos junto a sus tíos,

al darse la pre muerte de sus padres. Los nietos suceden por stirpe conforme a la novela 118, de 543. Las leyes de las partidas concibieron el derecho de representación así: “Quando algún ome muriese sin testamento, dexando un fijo con nieto, fijo de algún otro fijo, o de fija, que fuessen ya muerto ambos a dos; el fijo, e el nieto heredaran la heredad del difunto igualmente. E non empesce al nieto, porque el tío es más propinco del difunto, porque aquella regla de derecho que dice: que el que es más propinco de aquel que fino sin testamento, deue auer los bienes del, ha logar, quedando el finado no dexa ningún pariente de los descendientes”

(Partida 6, tít, 13, ley 3).

En la época medieval los jurisconsultos aceptaron el derecho de representación, por ello el pariente más lejano del de cujus le sucedía, toda vez que representaba al que, en su día y en su hora, estaba en grado más próximo al causante. Se constituye así el derecho de representación como una excepción a la regla de los parientes más próximos.

Clemente de Diego dice que el derecho de representación fue inventado por los romanos. A través de Robert Joseph Pothier el derecho de representación penetró en el Código francés y por éste en los Códigos inspirados en él.

Con excepción del Código austríaco, los Códigos germanos modernos no reconocen el derecho de representación. La moderna doctrina derivada del Código Civil español desconoce este derecho en los procesos sucesorios testados. Contrario sensu, la doctrina derivada del Código Civil francés sí reconoce este instituto en los procesos sucesorios testados.

El derecho de representación es acogido a nivel universal en los procesos sucesorios intestados. En el derecho francés la representación es una ficción

legal, la cual tiene la finalidad de introducir al representante en el lugar, grado y derecho del representado. Doctrinarios franceses consideran que esto es un error, toda vez que el representante recoge la herencia por derecho propio y no por intermedio del representado. El artículo 3549 del Código argentino dice: “La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o madre habrían sucedido” El artículo 1018 del cuerpo legal uruguayo preceptúa: “La representación es una disposición de la ley por la que una persona es considerada en el lugar y por consiguiente en el grado y en los derechos del pariente más próximo que no quisiese o no pudiese suceder. Debemos aquí resaltar que para algunos códigos la representación es una ficción de ley, en cambio para otros y en su mayoría es un derecho. En el código Civil panameño es un derecho, toda vez que el derecho de representación deriva de la ley, aunque se base en una ficción, es un derecho cuya finalidad es reparar el interés de la descendencia; es decir, el mal que ha ocasionado la prematura muerte de los padres o madres que hubieron de heredar si hubiesen sobrevivido al causante.

El artículo 681 del cuerpo civil peruano admite la representación en ambas sucesiones: “Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.” Igualmente en la legislación peruana Artículo 685 taxativamente dice: “En la sucesión legal, la representación se aplica en los casos mencionados en los artículos 681 a 684. En la sucesión testamentaria,

rige con igual amplitud en la línea recta descendiente, y en la colateral se aplica el artículo 683, salvo disposición distinta del testador. El Código Civil de Venezuela no define el derecho de representación, sólo señala sus efectos.

El derecho alemán y los países que su código ha inspirado, no tratan el derecho de representación, pero admiten el heredamiento por estirpes, en caso de premoriencia, indignidad y renuncia a los derechos hereditarios. Para ellos prevalece el principio que reza: cuanto más cerca de la sangre más cerca de la hacienda.

El derecho Civil italiano, artículo 467 dice: “La representación hace sub-entrar a los descendientes legítimos en el lugar y en el grado de su ascendiente, en todos los casos en que éste no puede o no quiere aceptar la herencia o legado”.

El Código civil de Italia, admite el derecho de representación en ambas sucesiones; con respecto a la sucesión testamentaria dice: se admite la representación cuando el testador no ha proveído, para el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o legado, y siempre que no se trate de legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal.

El Código español ubica la representación en la sucesión intestada, al respecto dice: “Los descendientes de otros descendientes que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

En Panamá los tribunales correspondientes han resuelto que el derecho de representación sólo se da en la sucesión intestada. Al respecto el artículo 655 del Código Civil preceptúa: “Llamase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendrían si viviera o hubiere podido heredar”. La línea que sigue nuestro Código Civil, desde el artículo 655 al 660 se da, en principio, sólo en la sucesión intestada, y

su génesis es conforme al instituto que proviene de la novela 118 de Justiniano; ésta entre otro dice que cuando no hay testamento el Estado mediante sus leyes gobierna la sucesión.

5.13. EL ACRECIMIENTO EN LA REPRESENTACIÓN

Existiendo derecho de representación en una sucesión, y existiendo más de un representante que concurran a ella, tendrían estos el derecho de heredar a sus respectivos representados si concurren todos los representantes; la herencia se divide por estirpe, pero si concurre uno, la porción legal de los que no concurrieron acrecerá a éste y ello suele suceder en cualquier orden sucesoral.

Ello constituye otro de los elementos personales del derecho de representación.

En la línea colateral pueden ser representados sólo los hermanos del causante, quienes concurrirían al proceso con sus sobrinos y demás descendientes de éstos. Siendo así, que el sobrino o sobrinos o sus descendientes ocuparían el lugar de su padre o madre que no quisieron o no pudieron heredar. Al respecto, el Código Civil Panameño, en su artículo 658 preceptúa: “Quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación, si concurren con sus tíos; pero si concurren solos, heredarán por partes iguales.”

El artículo 658 del Código Civil Panameño permite el acrecimiento en la representación sucesoria; hay que indicar que esta normativa tiene gran similitud con el artículo 927 del Código Civil Español, que en consecuencia tiene como función aclarar cómo se establecerá la repartición de la herencia, de plantearse los dos (2) supuestos que a continuación se enuncian:

1. Descendientes de hermanos con sobrinos,
2. Descendientes de hermanos solos.

En el primer caso la norma señala que la partición hereditaria ha de hacerse entre hermanos con sobrinos, esto en la línea colateral y en este caso los hermanos heredan cabeza por cabeza, y los sobrinos heredarían por estirpe, en el caso de que concurriesen solo hermanos, como lo plantea la posición dos (2), la división se realizará por partes iguales, es decir por cabeza.

En el Código Civil Español se ha consagrado esta fórmula “pues se alega que todos los sobrinos, deben presumirse, que merecen igual predilección del causante y deben, en justicia, heredar por partes iguales, cuando concurren parientes de distinto grado...” (Manresa, comentarios al Código Civil, VII, Madrid, 1914, pág. 73).

5.14. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

Todos los elementos que conforman el derecho de representación, son fundamentales; a falta de uno de ellos no procede la representación y entre ellos podemos mencionar:

- a-** Elementos personales, compuesto por el causante, el representante y representado, unidas entre sí por el vínculo del parentesco,
- b-** El caudal relicto,
- c-** La condición. Está conformada por los grados vacantes, y se producen por la pre muerte, el repudio a la herencia, la indignidad; y otras.
- d-** La ley.

Es importante destacar que el artículo 656, del Código Civil, se refiere al parentesco entre el causante y el heredero, que falta de la siguiente forma. “Hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la

descendencia legítima de sus hermanos y en la descendencia de sus hijos o hermanos naturales. Fuera de esta descendencia no hay lugar a la representación.”

En la representación sucesoria se amplía el afecto presunto del causante, primero su afecto desciende, luego asciende y finalmente se extiende, el instituto de la representación permite a un descendiente ocupar el lugar que su padre o su madre tendrían, de haber podido o querido suceder, es decir que existe la representación indefinido con relación a la línea recta descendente, heredando los nietos a los hijos, los bisnietos a los nietos, y así sucesivamente.

El artículo 662, del Código Civil de Panamá preceptúa: “Los hijos y sus descendientes, incluyendo en ellos a los adoptados y sus descendientes, suceden a los padres y demás ascendientes sin distinción”.

5.15. PROCEDENCIA DE LA REPRESENTACIÓN

Sobre la procedencia de la representación la jurisprudencia panameña dice que el derecho de representación sólo se da en la descendencia del representado y no en los sobrinos de éste.

El artículo 656 del código Civil de Panamá dice: “Hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales. Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación”.

Tomando en consideración los criterios vertidos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, es evidente que la intención jurisprudencial es permitir que este derecho vaya más allá de los hijos del hermano. En otras

legislaciones como en la española, ello no es así; el artículo 925 del Código Civil Español dice: hay lugar a la representación en la descendencia; nunca en la ascendencia.

En la legislación francesa, chilena, colombiana y otras, existe la representación en la ascendencia. Si el premuerto no tiene descendientes y su padre o madre repudia la herencia o no quieren heredar, sus abuelos se subrogan en ello este derecho excluyendo a los colaterales en caso de existir. Al respecto el Código Civil colombiano dice: “Se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado. Se puede así mismo, representar al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto”.

5.16. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN

Según la doctrina, dos son los efectos del derecho de representación:

- 1- El representante ocupa el lugar del representado, producto de circunstancias plenamente establecidas en la ley; y
- 2- Para efectos de la partición hereditaria los representantes heredan por stirpe y los llamados por vocación sucesoral por cabeza.

El artículo 1041 del código Civil chileno dice:

- a- El representante ocupa el lugar del representado; esto lo expresa el legislador en el artículo 1041 cuando consagra que la ficción legal de la representación supone que el representante tiene lugar y por consiguiente el grado del representado, frase de por sí redundante si se tiene en cuenta que los términos lugar y grado, para este caso, son jurídicamente equivalentes.
- b. Los que suceden por representación, dispone el artículo 1042 del Código Civil, colombiano heredan en todos los casos por stirpe, es decir, que cualquiera que sea el número de hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y

por iguales partes la porción que hubiese cabido al padre o madre representados.

En consecuencia, se puntualiza el criterio de que el efecto general y común de la representación es la división del as hereditario por stirpe.

Tanto es así, y existiendo una pluralidad de personas, la partición no se realiza por cabezas, sino considerando a cada una como unidad, sin aplicar el principio de proximidad de grado, sino dentro de cada stirpe y sub-stirpe.

Nuestro Código Civil, en su artículo 657 dice: “Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por stirpe, de modo que el representante o representantes no herede más de lo que heredaría su representado”.

5.17. INDIGNIDAD SUCESORIA

Cuando se trasmiten derechos hereditarios ello es producto de la existencia de vínculos consanguíneo y afectivos entre testador o causante con herederos o legatarios. Cuando el heredero o legatario no es moralmente digno de convertirse en sucesor del causante se lo excluye de la herencia, salvo que existiese la reconciliación o el perdón. La exclusión por causa de indignidad tiene que darse mediante sentencia judicial y a petición de parte. Generalmente la doctrina confunde indignidad con incapacidad, estas son instituciones totalmente distintas con alcance y efectos diferentes. La incapacidad es aplicada de manera general, es decir en todo tipo de derecho, sin exclusión alguna, es decir la incapacidad tiene efecto en el derecho penal, civil, laboral etc. La incapacidad es propia de la naturaleza de la persona, y puede ser de hecho o de derecho; y la indignidad es exclusiva del derecho sucesorio. La incapacidad es la falta de

aptitud para adquirir derechos o poder ejercerlos. El indigno es capaz de adquirir derechos y ejercer obligaciones, pero su vocación hereditaria le ha sido resuelta producto de un comportamiento contrario a derecho.

5.17.1. CONCEPTO

Julios Binder: Define a la indignidad como la sanción civil impuesta por la ley al heredero o legatario por haber incurrido en actos delictuosos que lo privan del derecho de heredar. Luis Echecopar por su parte dice que la indignidad es la sanción que se le impone a una persona en virtud de la cual no puede heredar, por haber incurrido en actos de tal naturaleza respecto al causante que no justificarían que este le dejase todo o parte de sus bienes. La indignidad es una sanción de carácter civil, en donde un heredero, legatario o legitimario, se le resuelve la vocación sucesoria producto de un hecho ilícito cometido en contra del testador o su cónyuge, ascendiente o descendiente. Las causales de indignidad, generalmente son comunes en las diferentes legislaciones.

5.17.2. ANTECEDENTES DE LA INDIGNIDAD

Doctrinarios del derecho manifiestan que había razones para creer que en el antiguo Derecho romano tan sólo existió una sucesión “legítima” la cual fue recogida en la Ley de las XII Tablas. Los otros tipos de sucesiones ha sido producto de la evolución histórica del derecho; esta consignada en la Ley de las XII Tablas, queda reflejado que los pilares fundamentales del Derecho sucesorio son la legítima y el parentesco agnaticio.

No existe en el derecho romano de manera plenamente establecida los orígenes de esta institución, En una primera etapa los romanos desconocían esta

institución y no existe un consenso doctrinal sobre su origen. Algunos autores consideran que la indignidad proviene de la época clásica, pero la doctrina en general considera que fue en la época imperial cuando esta institución deviene plenamente en el ordenamiento jurídico, desarrollándose a lo largo del tiempo producto de la necesidad de la época y sobre todo al impulso de los diferentes emperadores romanos. Son los compiladores justinianeos quienes estudian y normatizan los diferentes supuestos de indignidad, otorgándole así a esta institución jurídica una entidad y una autonomía propia. En el *Corpus Iuris Civilis* se deja ver como la indignidad aparece recogido en el *Digesto* y en el *Códex*.

La indignidad proviene del derecho romano. Los romanos conocieron esta institución como *exheredatio*, mediante ella se facultaba al padre para desheredar a un hijo u otros parientes con vocación sucesoria a su hacienda, producto de faltas o delitos cometidas contra este o contra cualquier pariente de este.

5.17.3. ALGUNAS CAUSALES DE INDIGNIDAD EN EL DERECHO ROMANO

Los jurisconsultos magistrados que desobedeciendo los postulados imperiales contrajese matrimonio con una mujer residente en la provincia donde este ejercía su cargo.

El heredero que impugne ilegalmente un testamento designándolo como falso y obtuviera producto de ello una sentencia favorable.

El matrimonio del tutor con la pupila contraviniendo las normas decretadas por el Senado.

El heredero que ha matado al causante o que no tenga interés en vengar su muerte.

Relación matrimonial entre personas adúlteras.

El heredero que destruyere el testamento, porque no le es favorable con el fin de poder suceder *abintestato* y *obtener así* el patrimonio del causante.

Quien se excusará de la tutela del hijo del testador.

El heredero que se opusiera al status personal del causante.

El liberto que acusara a su patrón de traficar con mercancías prohibidas.

El sustituto pupilar que acusara a la madre del impúber de suposición de parto con el fin de obtener parte de la herencia, y ser vencido en el juicio.

Quien le impida al testador la modificación del testamento, por medio de la violencia o el dolo con el fin de conseguir la herencia.

Quien sustrajera bienes hereditarios cuando le hubiera prometido transmitir la herencia o parte de la misma a un incapaz.

Incompatibilidad del heredero con la vida personal del causante, acusándolo del liberto contra su patrono difunto de haber comercializado con mercancías prohibidas, movido por el interés de conseguir el premio que se daba a los delatores.

Atacar injustamente un testamento como inoficioso o falso y obtener con ello una sentencia favorable.

Un tutor que contraiga matrimonio con una pupila, en contra de lo establecido por el Decreto del Senado.

El matrimonio entre adúlteros.

Venta de la herencia, o de parte de ella, sin conocimiento del testador.

Haber atentado contra la vida del causante.

No haber realizado la vindicta por la muerte del difunto contra los asesinos de éste.

Sustraer por motivos fútiles los bienes hereditarios.

Excusarse de la tutela del hijo del testador.

Era considerado indigno el que prometió secretamente al testador transmitir la herencia o parte de ella a un incapaz y no cumplía con su mandato.

Haber impedido, con violencia o dolo, al causante, realizar testamento, o cambiarlo, para así hacerse con la herencia legítima o testamentaria.

5.17.4. EFECTOS DE LA INCAPACIDAD Y LA INDIGNIDAD

La representación del indigno la ejercen sus descendientes, son estos mediante el derecho de representación los que están facultados para heredar por su padre o madre, la masa hereditaria que le correspondía a aquel.

Los efectos de las causas de indignidad, se extienden por igual a la sucesión testamentaria y a la intestada. En cambio, las incapacidades o prohibiciones afectan sólo a la sucesión testamentaria.

Otro efecto se refiere al hecho de que los supuestos de incapacidad y de indignidad producen como consecuencia, el aportar o separar de la sucesión al ofensor o al afectado por una prohibición legal.

También se dice que por la transmisión del *Ius Delationis*, según lo establecen los artículos 644, 781 y 890 del Código Civil, la facultad de aceptar o repudiar la herencia es un derecho que se transmite y adquieren los hijos del incapaz indigno como el del que repudia su derecho a la herencia. Para los otros supuestos de incapacidad, no se transmite este derecho.

Ahora bien, si el excluido de la herencia por incapacidad o por haberlo repudiado, fuese hijo o descendiente del testador y tuviese hijos o descendientes, éstos adquirirán su derecho a heredar (art. 644).

En sentencia de 3 de julio de 2001, La Corte Suprema de Justicia hace referencia al Artículo 644 sobre la Indignidad de los Hijos y el Derecho de Acrecer y su relación con el Derecho comparado, al manifestar lo siguiente:

Como se puede apreciar, luego de que en la sentencia de 4 de febrero de 1999 se declaró indigno al heredero testamentario JOSÉ BELADINO VÁSQUEZ, se decidió que los bienes y derechos herenciales que le correspondían debían acrecer a las otras herederas testamentarias, por partes iguales, con base en el artículo 693 a y b del Código Civil.

Como sostiene el revisionista, antes de las referidas normas que establecen el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, en nuestro Código Civil nos encontramos con el artículo 644 que señala lo siguiente: “Si el excluido de la herencia por incapacidad o por haberla repudiado fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendiente, adquirirán éstos derechos a la herencia”.

En el Código Civil Español existe un precepto que concuerda con el citado artículo 644. Allí el artículo 761 es el siguiente tenor: “Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”. Por ser la norma aludida fuente directa del artículo 644 del Código Civil panameño conviene establecer la aplicación y el alcance que la doctrina española le ha concedido a la misma:

Dentro de este mismo proceso la Corte Suprema de Justicia, reafirma su posición frente al caso específico del Artículo 644 del Código Civil, al indicar lo siguiente:

“ En este sentido, como se indica en la cita hecha sobre los comentarios al Código Civil Español, compartidos por la Sala, para efectos de estos casos en que media una declaración de indignidad para suceder, ante todo debe observarse lo preceptuado por el artículo 644 del Código Civil que, como hemos dejado esclarecido, se refiere, además de los casos de repudiación, al supuesto del hijo descendiente, del testador excluido de la herencia por indignidad que tuviere hijos o descendientes, en cuyo caso ocuparán éstos el puesto del indigno a los fines de adquirir, en reemplazo suyo, sus derechos hereditarios. Aunque dicha norma no establece explícitamente lo que sucede con la parte de la herencia que corresponde al heredero declarado indigno si no tiene hijos o descendientes, se entiende que, en este caso, su pues se refiere a tres hijos, dos dignos y uno indigno. Si éste último tiene hijos a su vez, la parte de la herencia del padre fallecido que le hubiese correspondido pasará a sus hijos o sea a los nietos del causante. En caso de haber dos hijos dignos y uno indigno, pero éste último sin descendientes, a los dos hijos dignos les tocaría más de la

herencia de su madre, porque entre los dos se repartiría la cuota de la herencia que habría correspondido al excluido de la sucesión...”

En este aspecto hay que destacar que el artículo 645 del Código Civil señala que el plazo de prescripción para ejercitar la acción, es de cinco años.

Por otra parte, Pedro Lafont Pianetta con relación a los efectos de la incapacidad y de la indignidad de la herencia, señala, por ejemplo, en términos generales que la capacidad sucesoral “es la aptitud para suceder a un difunto en toda o parte de su herencia”, por tanto, se refiere a la misma capacidad de goce que se aplica al derecho sucesoral”.

Con respecto a la incapacidad, indica que es la excepción, según el artículo 1019 del C.C.C., de allí entonces que ésta es de interpretación restrictiva, criterio que deberá probar quien abogue en este sentido. Ante este planteamiento sobre la incapacidad, la pregunta que surge es: “¿Cómo se prueba la existencia de la persona al momento de la muerte del de cujus? Y la respuesta muy responsable sería que dicho heredero tendría que probarlo a través de la presentación personal de un poder debidamente autenticado, que es lo reglamentario; pero también podría probarlo presentándose personalmente ante el juez con dicha certificación notariada.

En cuanto a los efectos de la indignidad se destaca que además de los efectos ya descritos sobre la imposibilidad de adquirir la herencia, Lafont Pianetta resalta que “el indigno pierde el usufructo legal y la administración de los bienes que pertenecían a la herencia o legado y que el hijo recoge por representación”, según lo establecen los artículos 291, numeral 3° y 295 del C.C. colombiano, en

la redacción del Decreto 2820 de 1974; agregando que ello no ocurre con el incapaz por pre muerte.

1. El indigno es excluido de la herencia.
2. En lo patrimonial el indigno está obligado a devolver los bienes y los accesorios adquiridos que obtuvo del causante. También pierde sus créditos en caso de que el causante fuera su deudor.
3. En relación con los herederos del indigno, a éstos por medio del derecho de representación se le transmite la herencia o legado correspondido.
4. La indignidad es una causal de desheredación.

5.17.5. CAUSALES DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER ESTABLECIDAS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

La indignidad para suceder es una forma de exclusión de una persona de la sucesión de su causante ligado por una vocación sucesoral por el hecho de haber cometido en contra de éste un acto que la Ley califica como una contravención o un delito. Las personas que atentan mediante actos lesivos contra el testador pierden el derecho a heredar, independientemente de que se trate de una legítima, de una sucesión intestada o testamentaria.

Artículo 641. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1. Los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor;
2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes;
3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señala pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa;

4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta obligación en los casos que según la ley no hay obligación de acusar;
5. El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador; Por medio del fallo de 29 de septiembre de 1995, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declara que este numeral es inconstitucional.
6. El que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo;
7. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocare el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior;
8. El pariente del difunto que hallándose este demente o abandonado, no cuide de recogerlo o hacerlo recoger.

Artículo 642. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Artículo 643. El incapaz de suceder que, contra la prohibición de los artículos anteriores hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

La restitución se hará mediante la acción correspondiente, a la persona que deba suceder al difunto, por la eliminación del incapaz, y en defecto de esa persona, al respectivo municipio. “Cuando el incapaz de suceder así declarado ha entrado en posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesorios, frutos y rentas percibidas, en la medida que no haya prescrito la acción para impugnar la incapacidad para heredar, tal acción prescribe a los 5 años desde que el incapaz

está en posesión de la herencia o legado (Artículo 645 del Código Civil) (Espinosa Jacinto, 2014, Pág. 28).

Las causas de indignidad reconocidas para heredar, también lo son de desheredación.

5.17.6. PRESCRIPCIÓN DE LA INCAPACIDAD POR CAUSAS DE INDIGNIDAD

La prescripción es una institución jurídica reconocida universalmente, la cual tiene su fundamento en el transcurso del tiempo, permitiendo la extinción de un derecho o la adquisición de otro. Respecto a la prescripción de la incapacidad por causas de indignidad, el profesor Jacinto Espinosa dice: El Término de prescripción de la acción para impugnar la incapacidad de un heredero o legatario es de cinco años y corre a partir del momento en que el incapaz está en posesión de la herencia o legado (artículo 645 del Código Civil.) (Espinosa Jacinto, 2014, Pág. 28).

5.17.7. INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN, SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

➤ SEMEJANZAS

Ambas instituciones se fundamentan en causas jurídicas legales y tienen como finalidad excluir de la herencia al sucesor que no merece recibirla; la indignidad y la desheredación tienen su fundamento en la vocación hereditaria que nacen

de los efectos consanguíneo y de afinidad como lo son el parentesco, el matrimonio y la adopción.

Por medio de la vocación nace un vínculo de afecto, consideración y solidaridad que obliga a los sucesores a observar una conducta acorde con la moral para mantener sus expectativas hereditarias. Las causales de desheredación son menos graves que las de la indignidad, ambas constituyen infracciones a los deberes familiares. Ambas constituyen un vicio que tiene como consecuencia el impedimento para mantener la asignación; son de interés privado y necesitan de decisión judicial y ambas deben fundamentarse en causas legales.

➤ **DIFERENCIA**

1. Por su extensión: La indignidad es más amplia, su alcance no está limitado; tiene su efecto en los diferentes tipos de sucesiones; a contrario sensu, la desheredación es exclusiva de la sucesión testamentaria.
2. De las personas afectadas, la exclusión por indignidad es aplicable a todos los sucesores, la desheredación sólo afecta a herederos forzosos o legitimarios.
3. Por la calidad de los herederos, la desheredación trae como consecuencias la privación de la vocación hereditaria desde la apertura del proceso sucesorio, el indigno no pierde la calidad de sucesor hasta que se dé una sentencia en firme que lo declare indigno.
4. La indignidad se tramita mediante procesos judiciales, la desheredación es una manifestación de voluntad del causante.

5. En cuanto a la legitimación activa la indignidad solo puede ser invocada por el coheredero o el representante hereditario, la desheredación es exclusiva, y solo el testador está facultado para invocarla, fundamentado en causas de ley.

6. La indignidad se fundamenta causas ilícitas penales y/o civiles. La desheredación se funda en contravención familiar.

7. En cuanto a la facultad de acción producto de declaración judicial de la indignidad, el afectado sólo puede negar las causales invocadas. En la desheredación procede la acción de contradicción, inclusive al testador se le faculta el ejercicio de la acción de justificación.

8. En cuanto al instituto de perención, ambas instituciones están sujetas al tiempo.

“El desheredamiento se diferencia de la indignidad en lo siguiente: a) el primero se basa en un testamento, mientras que la indignidad se predica de cualquiera sucesión: b) en el desheredamiento el sujeto activo es el desheredador-causante, que debe ser un descendiente o ascendiente, y el sujeto pasivo, un heredero legítimo, en cambio la indignidad hace relación a cualquier causante, y el indigno puede ser cualquier asignatario de herencia, legado o porción conyugal; c) el desheredamiento tiene por objeto la legítima y mejoras (y alimento si se expresa) mientras que la indignidad afecta herencia, legados y porción conyugal; d) la indignidad debe declararse forzosamente en sentencia judicial y, por tanto, no es susceptible de aceptarse; en cambio el desheredamiento puede aceptarse expresa o tácitamente; e) la indignidad se predica de toda la asignación (la indignidad parcial es una excepción), en tanto, el desheredamiento puede ser total o parcial.” (Lafont, Pianetta, 2006, Pág. 293)

5.18. COMPROBACIÓN DE LA CAUSAL DE DESHEREDACIÓN

El ordenamiento jurídico otorga al desheredado o desheredante acciones legales a las que puede recurrir inherentes a su condición; el desheredado puede recurrir a la acción de contradicción y el desheredante a la acción de justificación.

5.19. ACCIÓN DE CONTRADICCIÓN

Cuando el desheredado sancionado considera que la privación de su vocación es contraria a la ley, hará uso de su derecho a través de un proceso de conocimiento, conocido como la acción de contradicción de la desheredación. Con la acción se pretende subsanar el injusto legal cometido. La acción procede cuando no reviste las formalidades legales. Por ejemplo, invocación de la acción de desheredación sin legitimación procesal activa; la desheredación contenida en una escritura pública que no reúna los caracteres de un testamento. La acción tiene término de prescripción. La acción de contradicción exige prueba preconstituida. La acción de contradicción es también conocida como en la doctrina y legislación colombiana como acción de reforma de testamento; con la referida acción su objeto fundamental es no invalidar la voluntad testamentaria, sino modificarlo. La acción de reforma del testamento requiere de una sentencia judicial. El doctor Arturo Valencia Zea, la ha denominado Reforma Judicial del Testamento.

5.20. LA ACCIÓN DE REFORMA DEL TESTAMENTO

Los legitimarios están facultados por ley para ejercer la acción de reforma del testamento, cuando por cualquier circunstancia el testador le asigna una porción inferior a su legítima rigurosa. Acrece a las legítimas rigurosas, todos aquellos bienes que el testador le ha sido imposible disponer con absoluta libertad y si lo

ha hecho, dicha disposición ha quedado invalidada legalmente. “A lo menos que puede aspirar el legitimario con la acción de reforma del testamento es a la legítima rigurosa, pero puede reclamar la legítima efectiva si le corresponde. Es el caso del hijo extramatrimonial a quien el padre asigna una porción inferior a la de sus otros hijos legítimos. (Guillermo Cardona, 2004, Pág. 223).

La acción de reforma del testamento tiene su efecto jurídico cuando el legitimario siente que la voluntad del testador resultó producto de su inconciencia y ha vulnerado las legítimas, las mejoras o la porción conyugal requerida sin fundamento legal alguno.

Requisitos de la acción de reforma del testamento.

- e. Que el causante haya hecho testamento y
- f. Que no haya respetado las asignaciones forzosas.

La acción de reforma es una acción patrimonial, de carácter personal y prescribe, según la legislación de cada país.

5.21. ACCIÓN DE JUSTIFICACIÓN DE LA DESHEREDACIÓN

La acción de justificación procede a través del proceso abreviado, por medio de ella el testador reafirma su voluntad de desheredar.

Es el testador quien tiene la obligación de probar que las causales invocadas reúnen los requerimientos de ley y que dichas causales están expresadas en su disposición testamentaria. El testador demostrará que procedió a la desheredación por hechos plenamente justificados y sustentados en la ley, en defensa de su integridad y en defensa de su familia.

Con respecto a la legitimación procesal activa, esta puede ser ejercida por el testador o los coherederos del causante; y la legitimación procesal pasiva le corresponde al desheredado. La acción de justificación es conocida en la doctrina como justificación de la desheredación.

5.22. REVOCACIÓN DE LA DESHEREDACIÓN

La desheredación es un acto jurídico, su fundamento lo encontramos en la ley, y es el testador quien tiene la facultad de invocarla a su discrecionalidad, pero sometido al derecho; el desheredado puede optar por la redención de la sanción. A través de este instrumento, el desheredador opta por hacer un cambio en su vida respecto a su comportamiento y a practicar diferentes tipos de actividades tales como actividades artísticas, deportivas, de lectura, trabajo, estudio, etc. Con la revocación se redime de culpa al heredero infractor. La revocación tiene como fundamento dejar sin efecto una voluntad anterior. La revocación es una forma de perdón.

La revocación puede ser tácita o expresa, la primera se da cuando el testador en un testamento posterior no menciona la causal de desheredación e instituye nuevamente al sancionado. La revocación es expresa cuando en una disposición testamentaria válida, otorgada en escritura pública el desheredante manifiesta su voluntad de perdonar a quien lo ha ofendido, con esta manifestación se le restituye al desheredado su vocación hereditaria. El perdón es un acto unilateral del testador.

CAPÍTULO VI
DERECHO DE ACRECER

6.1. GENERALIDADES

El código civil panameño no define de manera expresa el derecho de acrecer, sin embargo nos brinda una serie de reglas para su aplicación al heredero o legatario.

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española define acrecer como “Dicho de un partícipe a percibir el aumento que le corresponde cuando otro partícipe pierde su cuota o renuncia a ella”.

De la definición anterior se desprende primero la existencia de un partícipe que recibirá la cuota o parte de la herencia que correspondía a otro partícipe y segundo que este por algún motivo pierda el derecho o se niegue a recibirlo.

El Doctor Guillermo Cardona Hernández, en su Tratado de Sucesiones, pág. 207, sobre el Derecho de Acrecer, manifiesta que éste tiene su origen en el Derecho Romano y que en el fondo es una presunción que la ley hace de la voluntad del testador.

Guillermo Cardona H. en su Tratado de Sucesiones, plantea que “si se llama a varias personas a la totalidad de la asignación o cosa, sin expresar cuotas, se supone que el testador ha querido beneficiar sólo a estas personas. Si una de ellas falta por muerte, indignidad, desheredamiento o repudiación, llevan su porción los demás, a quienes se presume que el testador ha querido exclusivamente beneficiar”.

El Código Civil Colombiano, lo regula en el artículo 1206 y siguientes; según este código el derecho de acrecer se define como un “derecho en virtud del cual cuando existan dos o más asignatarios, llamados a una misma asignación o cosa, sin expresión de cuotas, la porción del asignatario que falta al abrirse la sucesión, acrece o incrementa las de los otros”. De lo anterior se destaca que dicho derecho abarca tanto la herencia como los legados, pero en ambos casos es indispensable la existencia de testamento.

El Diccionario de Ciencias jurídicas Políticas y sociales de Manuel Ossorio por su parte lo define como: “La facultad de los legatarios o herederos, para aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando éste no quiere o no puede recogerla. Únicamente puede darse en los casos de sucesión testamentaria y designación conjunta de legatarios o herederos; es decir, cuando la disposición testamentaria no asigna partes individualizadas a cada uno de los legatarios o herederos”.

El derecho de acrecer puede definirse como aquel derecho que tiene el heredero o legatario para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro heredero o legatario.

Por ejemplo, si Lucia, Ernesto y José son llamados por partes iguales a la herencia de Ángel, y Ernesto falla en la sucesión la parte que le correspondía se dividirá proporcionalmente entre los herederos restantes.

Resulta interesante resaltar los planteamientos que presentan Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Aguilar sobre el derecho de acrecer, al señalar que este derecho, que Heineccio calificaba de “difícil y sutil”, se presenta en las codificaciones modernas influenciado por el derecho romano el cual admitió dos tipos de derecho de acrecer: el general y el especial. El derecho de acrecer general, es necesario e independiente de la voluntad del causante, apoyado en el criterio de que una persona no podía morir parte testado y parte intestado: “Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest”, o por lo cual se asumía la existencia de ciertas diferencias entre estas dos posiciones.

Incluso la doctrina dominante sobre el título de heredero, establecía que, si uno de ellos faltaba, los bienes relictos eran asignados de manera íntegra al heredero restante, asumiendo que el difunto, en tal caso, hubiera llamado a él solo a la totalidad de la herencia, impidiéndose así la inserción de la sucesión legítima o intestada, en la porción vacante.

El derecho de acrecer especial, en cambio era voluntario y se producía en el momento que el testador llamaba, a la vez, a varios herederos, de tal modo que la parte de quien faltaba pasaba a acrecer a los otros.

Cabe destacar que para estos tipos de acrecimiento el fundamento, era el mismo: “Evitar que la sucesión fuera parte testada y parte intestada, por lo que el acrecimiento proveniente de la voluntad del testador, no era sino una forma de desplazar al proveniente de la ley”.

6.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACRECER EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

En cuanto al ámbito de aplicación del derecho de acrecer en el ordenamiento jurídico de nuestro país, surge el problema de determinar si este se regula de manera exclusiva en la sucesión intestada o la sucesión testada.

Con el objeto de dar solución al problema planteado, surgen dos tesis.

La primera tesis considera que el derecho de acrecer se aplica exclusivamente en la sucesión intestada por las siguientes razones:

- Por su ubicación, debido a que el capítulo IX que regula la materia, es parte del título II relativo a la sucesión intestada.
- Porque la legislación española que sirve de fundamento al código civil panameño es de ese criterio.

La segunda tesis considera que el derecho de acrecer solo puede ser aplicado en la sucesión testamentaria. Y lo justifica en lo siguiente:

- Existe un error de ubicación, debido a que lo normado en el capítulo IX relacionado con el derecho de acrecer se refiere de manera exclusiva a la sucesión testamentaria y no a la sucesión intestada.
- El art. 693A consagró de manera expresa que el derecho de acrecer solamente rige en la sucesión testamentaria, excluyendo la sucesión intestada.
- Por ser el criterio predominante entre los juristas nacionales. A diferencia de otras legislaciones en donde este derecho se aplica tanto para la sucesión testada como intestada.

6.2.1. CUÁNDO PROCEDE EL DERECHO DE ACRECER

Para que el acrecentamiento proceda es preciso que no llegue uno o más de los llamados a suceder, lo que trae como consecuencia que sus cuotas se difieran a los que se hayan instituido inicialmente y que además el o los sucesores que falten, nunca hubiesen sido parte de la comunidad hereditaria o del legado.

Así se desprende claramente del artículo 693 del código civil, que dice:

“En las sucesiones testamentarias la parte del que no quisiese o no pudiese suceder, acrecerá a los demás herederos, de acuerdo con las reglas establecidas en los siguientes artículos”.

En otras legislaciones como la colombiana, el testador puede prohibir el acrecimiento; al respecto el artículo 1214 dice: “El testador podrá, en todo caso, prohibir el acrecimiento”.

6.2.2. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE ACRECER

Para determinar el fundamento del derecho de acrecer existen tres teorías: la subjetiva, la objetiva y la intermedia o ecléctica.

- **Teoría subjetiva**

También conocida como teoría clásica, establece que el derecho de acrecer tiene como fundamento o base la presunción de la voluntad del testador. Según esta teoría en caso de existir varios llamados si alguno de ellos falta, por muerte o por otra razón, su parte pasa a los otros en virtud de que se presume que esa era la voluntad del testador.

- **Teoría objetiva**

Denominada teoría moderna, tiene como fin sustituir o remplazar la anterior a raíz de su deficiencia para justificar el acrecimiento.

Tenía como principal objetivo atribuir a cada uno de los llamados, una vocación solidaria a toda la herencia o a todo el legado y una vocación potencial a la totalidad del patrimonio del causante, que implica la expansión del derecho de unos coherederos solidarios sobre la porción de herencia que no lleguen a adquirir los otros.

- **Teoría intermedia**

Surge de la unión de los criterios objetivos y subjetivos, a razón de que alega que el acrecimiento se basa en la voluntad expresa y real del testador quien llama solidariamente a varios herederos para que se beneficien con toda su herencia o una parte de ella, sin partes determinadas.

6.3. REQUISITOS DEL DERECHO DE ACRECER

Los requisitos para el acrecimiento los consagra de manera expresa el artículo 693-B del código civil patrio:

- Primero que dos o más sean llamados a una misma herencia, o una misma porción de ella, sin especial designación de partes.
- Y segundo que uno de los llamados muera antes que el testador o renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla.

De manera que en nuestro ordenamiento jurídico exige:

- La existencia de una porción vacante.
- Y la conjunción de llamamiento.

6.3.1. PORCIÓN VACANTE

Una porción de la herencia es vacante, cuando uno de los llamados no puede o no quiere recoger la cuota parte que le correspondía, lo que resulta en cualquiera de estos tres casos:

- Que uno de los llamados muera antes que el testador – premoriencia.
- Que renuncie a la herencia.
- Que sea incapaz de recibirla.

Adicional a lo anterior también existe porción vacante por el cumplimiento de la condición resolutoria unida al llamamiento de uno de los herederos conjunto, la nulidad del llamamiento de uno de los instituidos; la conmoriencia es decir que el llamado muera al mismo tiempo que el testador a razón de que así lo acepta la doctrina y la jurisprudencia española.

6.3.2. CONJUNCIÓN DE LLAMAMIENTO

Sobre este requisito de la conjunción de llamamiento se requiere que dos o más personas sean llamadas a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

Para cumplir con este requisito es necesaria la concurrencia de tres elementos:

- Pluralidad de Sujetos:

Se refiere a que deben existir varias personas “llamadas a recibir” una misma herencia o una parte de ésta (herederos o legatarios).

- Unidad en el objeto:

En esta debe tratarse de una sola cosa, bien sea una misma herencia, una cuota hereditaria o una cosa determinada o individualizada.

- Falta de designación especial:

Significa que no debe haber una designación especial de cuota o una cuota parte señalada para un heredero. Dicho de otra manera, que no se fije en número la cuota parte que le corresponde a cada uno de los coherederos.

La doctrina señala como requisito para el acrecimiento lo siguiente:

- 1- Que existan varios llamados a la masa relictiva.
- 2- Que el llamado tenga con fin un mismo objeto.
- 3- Que uno o más de los llamados no concurren.
- 4- Que el testador en la disposición testamentaria no prohíba de manera expresa el acrecimiento.
- 5- Que no obre el derecho de transmisión.

6.3.3. CUÁNDO NO PROCEDE EL DERECHO DE ACRECER

- Cuando haya renuncia de la herencia por uno de los coherederos a favor de otras personas, a razón que en ese caso no hay renuncia sino cesión.
- Cuando un sustituto se hubiese designado para la porción vacante debido a que la sustitución es una expresión de voluntad que contrarresta la presunción o solidaridad en que se funda ese derecho.

6.4. ASPECTOS IMPORTANTES DEL DERECHO DE ACRECER EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO

Adicional a lo anterior en cuanto al derecho de acrecer es importante destacar los aspectos relevantes consagrados en nuestra legislación:

- Solo se entenderá la designación hecha por partes en el evento que el testador expresamente haya manifestado su voluntad de otorgar una cuota para cada heredero. La frase por mitad o por partes iguales u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan esta numéricamente o por señales que haga cada uno de un cuerpo de bienes, separados, no excluyen el derecho de acrecer.
- Se transmiten de forma íntegra todos derechos y obligaciones que tenía el que no quiso o no pudo recibir la herencia a los herederos que experimenten el acrecimiento.
- En caso de que no proceda el derecho de acrecer en una sucesión testamentaria, la porción vacante del instituido a quien no se haya designado sustituto pasa a los herederos legítimos del testador, quienes la recibieran con las mismas cargas y obligaciones.
- El derecho comentado en nuestro país procede entre los legatarios y usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

CAPÍTULO VII
LA PARTICIÓN HEREDITARIA

LA PARTICIÓN HEREDITARIA

Al fallecer una persona y existir varios herederos y ser considerada la herencia como una universalidad, los herederos son todos titulares del derecho de herencia y la comunidad se produce de pleno derecho al abrirse el proceso sucesorio. “La comunidad, en nuestro derecho, se presenta en dos modalidades, la comunidad universal o a título universal, en la que los comuneros son los titulares de un patrimonio indiviso, como ocurre en la sucesión ilíquida o con las sociedades conyugales en estado de liquidación; y la comunidad a título singular en la que los comuneros lo son sobre un cuerpo cierto, inmueble o mueble, como una casa o un automóvil, pero con cuota definida.” (Suárez Franco, R. 2003, Pág. 394)

El heredero es la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del fallecido, activas y pasivas, transmisibles mortis causa, salvo los bienes especialmente destinados (legados, legítimas), que sub entran de un golpe en el conjunto de esas relaciones y cuya posición, dentro de ellas, es igual a la del difunto. Legatario es el sucesor a título singular que adquiere solo objetos particulares, concretos y determinados y que no responde al pasivo de la herencia, sino únicamente de las cargas u obligaciones que el testador le había especialmente impuesto, dentro de los límites de su legado. El legatario es sucesor en bienes, derechos o valores patrimoniales determinados. La herencia es el conjunto de bienes, [derechos](#) y [obligaciones](#) que forman el [patrimonio](#) del [causante](#) y se transmite al [heredero](#) al morir este. La herencia es un [patrimonio](#) que, mientras transita del [causante](#) al [heredero](#) de manera [definitiva](#),

conserva una inalterable [unidad](#) con el fin de que esté garantizado el pago de las deudas del [causante](#) y el [cumplimiento](#) de las [obligaciones](#) hereditarias. Esta [unidad](#), provisionalmente impuesta mientras se cumplen dichas [obligaciones](#), desaparece cuando puede procederse al [acto jurídico formal](#) de la [partición de la herencia](#). En resumen, la herencia significa subrogarse los herederos en la universalidad de los derechos y obligaciones del causante y la situación que el heredero asume por virtud de este hecho equivale a sucesión hereditaria universal.

“Es muy antiguo el concepto de que las comunidades deben dividirse, porque es un estado de la propiedad que estorba la riqueza pública, que origina serios pleitos y que impide mejorar la cosa que se ostenta en copropiedad” (Hernández Cardona G, Pág. 407)

7.1. CONCEPTO DE PARTICIÓN HEREDITARIA

La partición de la herencia es el reparto de los bienes del fallecido entre los herederos en proporción a la cuota que a cada uno de ellos corresponde.

Debemos tener en cuenta que la herencia está integrada tanto por los bienes y derechos del difunto como por sus deudas, y que estas se transmiten a los herederos al igual que los bienes. La partición es una trasmisión o paso de bienes o forma de liquidar una comunidad mediante la atribución de los bienes comunes a todos sus copartícipes.

Con la partición de la herencia termina la comunidad hereditaria mediante la atribución de los bienes comunes que la conforman a cada uno de sus copartícipes. Finalizado un proceso hereditario y constituida jurídicamente una comunidad hereditaria, sus copartícipes o comuneros son propietarios y poseedores en virtud de la ley y permanecerán pro indiviso en el patrimonio dejado por el causante, en la porción que corresponda de acuerdo a la forma de sucesión que se abra, que puede ser ab intestato o testamentaria. El porcentaje

de la masa herencial que le corresponda a cada copartícipe indicará sus deberes y derechos en la comunidad.

La partición hereditaria es un acto jurídico en donde los herederos de una sucesión se reparten los bienes del causante en proporción a la cuota que a cada uno de ellos le corresponde, tomando como fundamento el título que los faculta para tal acto; con la partición se sustituyen las partes abstractas e indistintas que tienen sobre la masa indivisa, por partes materiales plenamente identificadas. Con la existencia de una comunidad hereditaria cada uno de los herederos están facultados voluntaria o coactivamente, para extinguir la comunidad en la cual se encuentran.

El autor venezolano Francisco López Herrera, definió la partición hereditaria como “El negocio Jurídico mediante el cual cada coheredero se hace exclusivo propietario de los bienes sucesorales que le son adjudicados en dicho acto, a la vez que pierde todos sus derechos de copropiedad sobre los demás bienes de la herencia que son adjudicados a los restantes coherederos, en ese mismo negocio”.

Atendiendo al concepto como tal, se define Partición de la Herencia como el acto por medio del cual se separan, dividen o reparten los bienes que se poseen en “común” frente a una pluralidad de herederos.

Desde luego que al haber un solo heredero no procede la partición, por tanto, éste adquiere la herencia en su conjunto, a título universal.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 13 de febrero de 2001, nos habla sobre la Masa Herencial, al decirnos que la misma puede cederse como una Universalidad jurídica;

“...La exigencia o el requisito de que la herencia o los derechos hereditarios sólo pueden venderse o cederse como una universalidad jurídica, en caso de que la transacción se realice antes de la partición y de la adjudicación de los bienes a los herederos, ha sido amplia y generosamente tratada en la doctrina y en la jurisprudencia. En cualquier caso, dicho requisito supone la existencia de varios herederos dentro de la sucesión. Bajo esas circunstancias, el caudal hereditario en su conjunto pertenece pro indiviso a todos y a cada uno de los coherederos antes de que se produzca la partición y la adjudicación de los bienes. Por ese motivo, no es posible que la venta o la cesión de bienes o derechos que hiciese uno de los coherederos pueda llegar a recaer en bienes determinados de la herencia y ni siquiera sobre la cuota parte que en los bienes particularmente determinados de la herencia pudiese corresponder al coheredero, tal como lo precisa el profesor DULIO ARROYO CAMACHO en su obra Contratos Civiles, Tomo I, pág. 241. En buena lógica eso quiere decir que, en caso de una pluralidad de herederos se produce, hasta llegando el momento de la partición de la herencia, una comunidad de bienes entre ellos, la que durante su existencia sólo les otorga a los herederos un derecho abstracto o cuota parte ideal o intelectual en la herencia, concebida ésta como una universalidad jurídica. Por esa razón, el derecho de los coherederos, en estos casos, no radica en ninguno de los bienes particulares que integran la herencia o masa de la sucesión, razón por la cual ningún coheredero tiene facultad para disponer de su enajenación de manera individualizada, quedan está limitada a la cuota parte indeterminada que le pueda corresponder en la masa herencial...”

Para Roca Sastre, la partición hereditaria, es “el acto jurídico”, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesta de un conjunto ordenado de operaciones, verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho y derecho, en la cual después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partido y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas (Suárez Franco, R. 2003, Pág. 407)

Finaliza la comunidad hereditaria, cesa la indivisión, la universalidad o el derecho en abstracto se produce con la apertura de la sucesión.

Las cuotas indivisas o en abstracto, se transforman en partes concretas (materiales) debidamente individualizadas en bienes o derecho.

En la partición se realiza una serie de operaciones, para determinar el activo y el pasivo del caudal que deberá distribuirse entre los coherederos.

Es cierto también que la partición de la herencia señala como regla general que: ningún coheredero está obligado a permanecer en la indivisión o comunidad de la herencia, por ser ésta fuente de vivas discordias, y la misma no será aplicada en el caso de que los coherederos hayan estipulado lo contrario, pero no podrá estipularse la indivisión por diez (10) años; cumplido este término se permite la renovación del pacto. (Art. 908 C.C. P y el art. 292 C.N.P.)

En el Libro III, del Código Civil está reglamentado lo concerniente a esta materia: “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”; en el Título V: “De la división de la herencia”, que comprende cuatro capítulos en los artículos 908 al 938 inclusive.

Constituida la comunidad hereditaria, es facultativo o discrecional de los comuneros continuar en esa situación jurídica el tiempo que deseen, o ponerle fin a la indivisión de los bienes mediante el ejercicio de la acción de partición, con fundamento en el artículo 908 del CC, que en su primer aparte dice: "Ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión; la partición de la herencia podrá siempre pedirse, con tal que los coherederos no hayan estipulado lo contrario." La partición puede solicitarse sin que sea determinante el porcentaje que el divisor tenga en la comunidad hereditaria. “La partición de bienes no confiere por sí mismo el dominio, este se logra por la sucesión por causa de muerte, de consiguiente las hijuelas carecen de efecto traslativo, siendo así que la partición sólo produce efecto simplemente declarativo.” (Suárez Franco, R. 2003, Pág. 407)

Constituida la indivisión, no importa el tiempo que esta dure, y ello no faculta a un comunero que mantenga la posesión a invocar la prescripción, ya que la acción de partición es imprescriptible; en Panamá el legislador le puso término a la partición, en su defecto el artículo 908 del C.C., en su segundo aparte dice: “No puede estipularse la indivisión por más de diez años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto.”

Con la partición hereditaria se busca la liquidación de derechos herenciales preexistentes, la partición de la herencia tiene cuatro presupuestos fundamentales indispensables que son:

1. Nadie puede permanecer en la indivisión.
2. Seguridad respecto a los coherederos entre los cuales ha de llevarse a cabo la partición o liquidación de la herencia.
3. Seguridad respecto a cómo están conformadas las respectivas cuotas hereditarias.
4. Cuáles son los bienes comunes hereditarios que van a ser objeto de división.

7.2. EL OBJETO DE LA ACCIÓN DE PARTICIÓN HEREDITARIA

La partición de la herencia tiene como finalidad u objeto el poner fin a la comunidad hereditaria, dividiendo, si es posible materialmente el bien o enajenándolo de no ser posible la partición material de este.

De lo expuesto se puede concluir que la partición de una herencia es el acto mediante el cual los herederos deciden, voluntaria o coactivamente, extinguir la comunidad en la cual se encuentran, dándole a cada quien, en bienes, dinero o especies, lo equivalente a la parte alícuota que por ley le corresponde, es decir la partición es una transmisión o paso de bienes o forma de liquidar una comunidad hereditaria mediante la atribución de los bienes comunes a todos sus copartícipes.

7.3. TEORÍAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA

a. LA TEORÍA TRADICIONAL DE ORIGEN ROMANO

Según la cual la partición se estima atributiva de la propiedad significando una recíproca cesión de bienes entre los interesados. La consecuencia práctica es que una vez realizada la partición quedan subsistentes los actos realizados durante el periodo intermedio por cada uno de los coherederos. Autores como

Sánchez Román, Manresa o Mucius Scaevola consideraron que esta teoría era la acogida y dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de cada uno de los bienes que le hayan sido adjudicados.

b. EL SISTEMA SEGUIDO POR EL CÓDIGO FRANCÉS

Para esta teoría la partición es un acto declarativo y retroactivo presumiendo que cada heredero ha sido siempre propietario único de los bienes puestos en su lote. Por tanto, los copartícipes son causahabientes directamente. La consecuencia práctica es que los actos realizados durante la indivisión por los partícipes están subordinados a los resultados de la partición.

c. FINALMENTE, LA TEORÍA SEGUIDA HOY POR LA MAYORÍA DE AUTORES

La que entiende que se ha de distinguir entre la función de la partición en el total proceso sucesorio, es decir en la relación de los herederos respecto del causante supuesto en el que se configura como acto complementario de la delación y cumple junto con ella una función traslativa y la función de la partición en la comunidad hereditaria, esto es, en la relación de cada coheredero respecto de los demás, cumple entonces la partición una función determinativa.

7.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA

La naturaleza jurídica de la partición como un Acto Jurídico puede referirse a dos aspectos: por un lado, la parte formal o estructural del acto y por el otro lado al de su contenido:

Es así que, desde el punto de vista formal o estructural del acto, se considera que no existe una solución única.

Si la partición la hace el testador o un comisario o contador partidador, tiene carácter de un acto unilateral. En caso de que la partición sea hecha por los coherederos, de común acuerdo, tendrá el carácter de acto plurilateral, caso que constituye un verdadero contrato: En última instancia será un acto judicial en caso de desacuerdo entre los interesados, y será el juez el que realiza la partición.

Dicho en otras palabras, la naturaleza jurídica formal del acto varía en relación con la o las personas que realicen la partición.

Desde el aspecto del Contenido y eficacia del acto, la doctrina le asigna tres condiciones jurídicas que determinan su naturaleza: traslativa, declarativa y determinativa o especificativa de derechos:

El derecho romano, consideraba la partición como traslativa, o como atributiva de propiedad. Tenía como base que cada uno de los coherederos, durante la indivisión, eran copropietarios de cada parte de los Bienes, entendiéndose así que cada coheredero cambiaba sus partes indivisas con las de los demás cediéndoles la parte que tenía en su dote y recibiendo en su lugar las que ellos poseían en el suyo. Así, cada heredero era considerado causahabiente directo del difunto en los límites de la parte que le pertenecía originalmente en los bienes puestos en su lote; y respecto de las otras partes cedidas eran en el resto causahabiente directo de cada uno de los coherederos.

Sobre ese evento se deduce una consecuencia o importancia práctica y es que subsisten los actos realizados por cada coheredero sobre los bienes. Si uno de

estos coherederos en la indivisión de la herencia grava la finca, el coheredero que adquiere la finca como propietario responsable, deberá cubrir la hipoteca establecida, ya que, al trasladar el dominio, se excluye la responsabilidad de los otros. (Esto no significa que no se pueda hacer uso de otras acciones establecidas por ley en contra del coheredero que gravó o hipotecó, para que restituya).

A pesar de que el Sistema romano no ha sido acogido explícitamente por nuestro Código Civil, como tampoco el sistema español en el cual se inspira el nuestro, defensores del criterio traslativo, utilizan el término “conferir”, como lo establece el artículo 924 del Código Civil: “La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”.

En el Derecho Francés, la partición es considerada un acto declarativo, y su función es de carácter distributiva, en la que se sustituye las cuotas por cosas, lo abstracto por algo en concreto. Una vez efectuada la partición, ésta presenta los derechos de los coherederos bajo una norma concreta y exclusiva que se materializa en bienes determinados. Nada se transmite con la partición, se tiene la propiedad desde la apertura y nunca se tuvo o tiene derecho sobre los bienes que les corresponden a los otros coherederos. El artículo 883 del Código Francés establece esta disposición, criterio seguido por otros códigos, como el chileno, argentino, italiano, etc.

Un efecto práctico de esta corriente declarativa señala que, si uno de los coherederos grava la finca en el período de la indivisión, el coheredero que es propietario, no es responsable de lo actuado responde el heredero que gravó; de allí que algunos autores consideran que en nuestro derecho se sigue este criterio declarativo, entre ellos De Buen, Roca Sastre, Valverde, Marell, etc.

Según De Buen, la participación no es un título traslativo de la propiedad, por el hecho de que los coherederos antes de la división, no forman una persona jurídica. Simplemente, agrega, es un acto que transforma una propiedad común en propiedad individual.

La tercera corriente sobre la naturaleza jurídica de la participación, expuesta por Martín López y otros, es la que denominan como partición determinativa o especificativa de derechos, que indica que es a partir de ésta cuando se tiene la propiedad individual concreta sobre la parte que se recibe. Se cambia un derecho impreciso, en otro que se individualiza, sobre los bienes que ingresan en el patrimonio de cada heredero.

No es un acto traslativo porque se le adjudica al heredero aquello a que tenía derecho por título de herencia; tampoco es un acto declarativo porque no es o no se reduce a un simple reconocimiento, su efecto es modificar o cambiar un derecho impreciso por uno individualizado y concreto sobre bienes ciertos, que ingresan en el haber particular de cada heredero. La naturaleza jurídica de la partición hereditaria proviene del derecho francés, dos teorías han tratado de fundamentar la naturaleza jurídica de la partición:

7.4.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN

La teoría de la ficción se le atribuye al jurista francés Pothier, la cual manifiesta que mediante una ficción jurídica la ley considera que los herederos le suceden al de cujus inmediatamente después de su muerte.

“La ley finge que el heredero sucede al difunto inmediatamente, como si no hubiera habido interregno entre su muerte y la adjudicación de sus bienes, lo cual es ficción, porque, en realidad, su naturaleza verdadera es la del derecho

romano, un cambio mutuo de porciones indivisas, pues el heredero tiene por causante al difunto en cuanto a su vocación hereditaria, y a sus coherederos en cuanto a las partes indivisas que se les integran” (Cardona Hernández, F. 206, Pág. 269)

7.4.2. TEORÍA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La teoría de la condición resolutoria, asumida por nuestro derecho positivo, se refiere al efecto retroactivo de la acción de partición, que es una simple condición resolutoria, que va implícita en el derecho del instituido. La condición resolutoria consiste en la adjudicación de determinados bienes al heredero.

“La condición consiste en que se le adjudiquen determinados bienes sobre los que efectivamente se realiza la condición, y por el efecto retroactivo de ésta se borra el tiempo intermedio; sobre los que se han dado a otros herederos, si la condición falla y por su propio efecto retroactivo, su derecho desaparece” (Cardona Hernández, F. 206, Pág. 269)

El derecho a suceder o derecho de sucesión hereditaria, puede considerarse como aquella parte del derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona cuando muere. De una forma más breve y en esta misma acepción objetiva, también puede considerarse como aquel conjunto de normas que, formando parte del derecho, regula la sucesión hereditaria. Suceder significa ocupar el lugar anteriormente detentado por otra persona y, especialmente, el ingresar un heredero en lugar del fallecido. El sucesor a título universal hereda en bloque en los derechos y deberes del causante.

La sucesión o derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones intestadas como en las testamentarias, desde la muerte del causante de la sucesión por la presunción de muerte y en los casos prescriptos por la ley.

“Los derechos de los coasignatarios surgen a la muerte del causante sobre los bienes relictos. La partición tiene carácter retroactivo al momento de la muerte del causante y produce consecuencias jurídicas importantes. Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.” (Cardona Hernández, F. 206, Pág. 269)

El Código Civil de Panamá define la sucesión como la transmisión de los derechos activos o pasivos que componen la herencia de una persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. Llámese heredero al que sucede al título universal y legatario al que sucede a título singular.

La transmisión se presenta aun cuando el heredero no la conozca o no goce de la capacidad necesaria; los herederos representan la sucesión. El heredero que sobrevive un solo instante al de-cujus, en el caso del derecho de representación, transmite la herencia a sus propios herederos. El patrimonio de la herencia es indivisible, hasta la partición, salvo los legados. La competencia se rige por la muerte del causante. La sucesión tiene un fuero de atracción.

La capacidad para suceder es netamente regida y controlada por la ley, la capacidad para adquirir una sucesión debe tenerse al momento en que la sucesión se defiere, toda persona ya sea natural o jurídica gozará de la capacidad de suceder o recibir una sucesión con excepción de las criaturas abortivas y las asociaciones no permitidas por la ley.

Muchas teorías han sido mencionadas para fundamentar la naturaleza jurídica de la partición hereditaria. Pero de ellas, dos han prevalecido. La primera, que considera a la partición como un acto traslativo de propiedad, y la segunda, que la califica como un acto declarativo de ese derecho.

Actualmente, la doctrina en general considera que la partición es un acto declarativo de propiedad, y es declarativo bajo las consideraciones de que los herederos reciben directamente del causante un caudal patrimonial sin que medie la voluntad de los instituidos o de los herederos declarados, es decir, se considera que cada uno recibe su parte del mismo difunto tomando en cuenta la voluntad del causante.

Constituida la comunidad hereditaria y existiendo la voluntad o judicialidad de los comuneros, se procederá a la división de los bienes, y cuando esta división ocurre no existe transmisión de derechos o de cosas, ya que hay la presunción de que cada comunero ha adquirido en forma inmediata el bien que le ha sido adjudicado en esa partición, sin que haya podido ostentar derecho alguno sobre los bienes que corresponden a los demás coherederos.

La jurisprudencia ha interpretado esta norma sustantiva en el sentido expuesto, y ha quedado determinado vía jurisprudencial que la partición no es un acto traslativo de dominio, sino simplemente declarativo de propiedad, ya que mediante la ficción legal allí contenida se presume que cada coheredero o el comunero ha adquirido inmediatamente el solo la cosa que le correspondió en la partición.

Debemos señalar que la partición como acto jurídico no es invocable para pretender la propiedad de un bien alegando la posesión de buena fe, ya que para

la procedencia de esa clase de posesión se exige que el título aducido sea traslativo de propiedad, y como se acaba de explicar el título obtenido en la partición es declarativo de propiedad.

7.5. DIFERENTES FORMAS DE PARTICIÓN HERENCIAL

Cuando nos referimos a la partición hereditaria, estamos hablando del debido reparto de los bienes del causante entre los herederos en la proporción que a cada uno de ellos le corresponde. En los procesos hereditarios, además de los bienes herenciales, se transmiten igualmente las deudas hereditarias. Con la partición hereditaria, la cuota abstracta de cada causahabiente en la herencia queda sustituida por la titularidad de bienes y derechos concretos para cada uno de ellos.

En todos los procesos de partición de una herencia lleva adjunto un cuadernillo particional que deberá recoger las generalidades personales de los herederos y del causante, además de los bienes herenciales y las deudas sí las hay y sí han sido debidamente peticionadas.

Los gastos derivados de la partición que redunden en beneficio de los herederos serán a cargo de la masa hereditaria del difunto, mientras que los que benefician a uno de ellos, serán de su cargo de forma exclusiva. Cuando los acreedores están identificados en el testamento o son reconocidos por los herederos, están estos facultados para oponerse a la partición de la herencia hasta que se les paguen sus deudas, pero en ningún caso pueden solicitar que se practique la división judicial de los bienes que componen la herencia. El artículo 933 del C.C. dice: “Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a

efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.”

La acción para solicitar la partición de una herencia es imprescriptible.

Tomando como fundamento la voluntad de los coherederos la partición puede ser:

- a. Voluntaria: se produce cuando todos los herederos acuerdan libremente llevarla a cabo mediante el consentimiento voluntariamente expresado; además convienen en la manera de hacerla. Al respecto el artículo 914 de C.C. dice: “Cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esa facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.”
- b. Judicial o Forzosa: Ella es condicional y la condición se da por la existencia de menores de edad en la sucesión y por ausencia de acuerdo o por el interés de uno de los comuneros. La partición judicial es la que se realiza mediante la intervención de la autoridad judicial y se produce cuando uno o más de los coherederos desean la división de la herencia y otro u otros no quieren hacerla; o si todos los coherederos están de acuerdo en efectuarla, pero no hay conformidad o difieren en cuanto a cómo realizarla. Respecto a la condicionalidad por la existencia de menores de edad en, el C.C., artículo 916 dice: “Cuando los menores de edad, estén sometidos a la patria potestad y representados en la partición por el padre o, en su caso por la madre no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.”

Tomando como fundamento la extensión o amplitud de los bienes que conforman la masa herencial, la partición puede ser total, parcial, provisional o condicional, y definitiva. La Partición herencial es total, cuando ella abarca todos los bienes de la herencia; es parcial cuando se parten ciertos bienes y los otros se mantienen en la comunidad hereditaria; es provisional o condicional la que se aprueban en forma temporal a la espera de la ocurrencia de ciertos hechos o eventos que ellos mismos han previsto o señalan; y es definitiva, la efectuada de manera concluyente, lo que conduce a que cesa completamente la indivisión que recae sobre la propiedad de los bienes.

Con respecto a la condicionalidad de la partición, el artículo 910 C.C., de Panamá dice: “Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquella se cumpla. Pero podrán pedir las los otros coherederos, asegurando completamente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición.” En el derecho comparado hay razones que no justifican la indivisión tales como que la misma produce un estancamiento de la propiedad y ello es contrario al orden público y al interés social; por ello el legislador no sólo facilita la división de la propiedad, sino que prohíbe el pacto de permanecer en comunidad.

7.6. PERSONAS LEGITIMADAS PARA SOLICITAR LA PARTICIÓN HEREDITARIA

Con la partición hereditaria se extingue la comunidad nacida entre los coherederos y esta comunidad surge desde que se inicia la apertura del proceso sucesorio y, partiendo de este principio son los coherederos las personas que están legitimada para solicitar la acción de partición.

Hay algunos coherederos que a pesar de su condición de tal, no pueden pedir la partición ya que se puede presentar la posibilidad de que hayan sido instituidos bajo condición suspensiva; pero la acción de partición podrá ser solicitada por el resto de los coherederos, asegurando con ello el derecho de los condicionados para el caso de cumplirse la condición; y hasta saberse que la condición o no puede realizarse, se entenderá provisional la partición y esa condicionalidad no puede exceder de 10 años.

Además de los coherederos declarados pueden solicitar la acción de partición las siguientes personas:

- Los herederos del coheredero cuando han ejercido el derecho de representación, y ello solo en casos de sucesión intestada; también los herederos del coheredero, testamentario cuando este ha muerto antes de hacerse la partición; en este caso generalmente si fueren varios los sucesores, basta que uno la pidiere y ello beneficiaría al resto de los herederos del coheredero.

El heredero fallecido instituido antes de la partición ya adquiere parte indivisa. La acción de partición no siendo de aquel tipo de acciones intuito persona, es susceptible de ser transmitida a los sucesores universales del causante.

- También puede ejercer la acción de partición los representantes legales de los menores de edad, de los incapaces y ausentes, cuando existiese conflicto.
- Los cesionarios de los herederos a través de una cesión de derechos hereditarios están facultados para ejercer la acción de partición cuando

hayan sucedido en la cuota deferida al cedente, independientemente de que la cesión sea onerosa o gratuita. Ello con motivo de la adquisición derivativa de la propiedad.

- Los legatarios o legatario de parte alícuota, independientemente que se les considere o no como herederos, procesalmente están facultados para solicitar la acción de la partición.
- Los acreedores de la herencia, están legitimados para ejercer la acción de partición siempre que presenten títulos ejecutivos que justifiquen sus respectivos créditos.

7.7. PERSONAS LEGITIMADAS PARA REALIZAR LA PARTICIÓN HEREDITARIA.

La partición hereditaria la pueden realizar las siguientes personas:

El Testador, cuya voluntad es norma fundamental en la sucesión (art. 912 C.C.P.) La partición se puede realizar por medio de Escritura Pública, se trata de un acto inter-vivos; o Mediante el testamento si es un acto Mortis Causa. Para aplicar ambas formas el testador es el que dispone como se hará la partición.

El Comisario o Contador Partidor, nombrado por el testador. En este punto nos remitimos al artículo 913 del C.C., el cual permite al testador encomendar la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, es decir a un tercero.

Los coherederos de Común Acuerdo si el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esa facultad, los herederos mayores de sus bienes, de

común acuerdo podrán verificarla de la manera que estime conveniente. (art. 914 C.C.).

El Juez, cuando los coherederos no se pongan de acuerdo. En caso de desacuerdo entre los coherederos, finalmente corresponde el acto de partición a través de sus representantes, es decir, son los jueces los que podrán ejercer la partición según la forma prevenida por el Código Judicial, art. 158 y el art. 915 del Código Civil.

7.7.1. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR

Otorgado un testamento, existe la posibilidad de que sea el propio testador quien realice la partición hereditaria en su disposición testamentaria, ya sea por acto entre vivos o de última voluntad. El testador puede hacer en un testamento todo lo que la ley le permite, podrá por ejemplo fijar condiciones, dejar una finca determinada a un determinado heredero, dejar legados, o bien podría designar a una tercera persona para que realice la partición hereditaria. Si es el propio testador quien realiza la partición hereditaria, se respetará la distribución de los bienes que este realice ya que la voluntad del causante es la norma suprema que rige la sucesión testamentaria, ello cuanto no contravenga lo establecido en la ley, es decir cuando no perjudique a los herederos forzosos. Cuando la partición es realizada por un tercero, esta puede ser impugnada judicialmente si algún heredero no está de acuerdo con la valoración dada a los bienes o con la atribución de estos, a contrario sensu cuando es realizada por el testador su carácter es absoluto.

7.7.2. LA PARTICIÓN HEREDITARIA REALIZADA POR LOS COHEREDEROS

Si la sucesión fuese intestada y si los herederos instituidos fuesen mayores de edad o si, siendo menores, se encuentran debidamente representados, se pueden distribuir la herencia entre sí como ellos deseen; pero si hay disconformidad y no logren ponerse de acuerdo podrán estos acudir al juez de la causa quien designará un “contador-partidor” para que realice la división de la herencia.

Cuando el testador no ha realizado por sí mismo la partición o no ha designado contador partidor en su disposición testamentaria, o cuando se trate de sucesión intestada, los herederos por sí mismos están facultados para realizar la partición, regidos por el principio de unanimidad. La partición de la herencia llevada a efecto por los coherederos se encuentra, regida por el principio de unanimidad, y en virtud de ese principio se puede sobrepasar lo meramente particional e incluir actos dispositivos más allá de lo propiamente divisorio y de lo dispuesto por el causante.

La partición realizada por los coherederos posee una naturaleza jurídica contractual y en todo contrato las partes contratantes pueden establecer, las cláusulas, pactos y condiciones que tengan por conveniente, salvo que una norma jurídica disponga lo contrario. Los herederos testamentarios o instituidos judicialmente pueden acordar partir voluntariamente la herencia ante notario. En la escritura se hará constar las operaciones particionales, esta contendrá la descripción de los bienes que componen la herencia, el valor de los bienes relictos, la declaratoria de herederos, esto es, quiénes son los herederos, y la cuota que les corresponde a cada uno de los herederos, qué bienes se le atribuyen en pago de la cuota y su conformidad con la misma. La escritura

aludida anteriormente, es conocida como de partición y adjudicación de herencia, y permitirá al beneficiario cambiar a su favor la titularidad de los bienes inmuebles, ya sea, un piso, una finca, etc., en el Registro de la Propiedad.

Cualquier coheredero o legatario está facultado para solicitar la división de la herencia siempre que ésta no deba realizarse por la persona designada por el fallecido en su disposición testamentaria.

Cuando los herederos o representantes legales si existiesen, no llegaren a acuerdo sobre el modo de realizar la partición, es necesaria la intervención judicial, aunque este acto haya sido prohibido por el testador.

Para que tenga efecto jurídico la partición realizada por los herederos se requiere:

- Que en el testamento no se haya realizado la división de la herencia o no haya sido designado un albacea o a un contador partidor, con exclusión de los herederos.
- Que la herencia haya sido aceptada, ostentando los coherederos un derecho definitivo sobre la cuota ideal.
- Que los herederos tengan disposición de hecho y de derecho requerida para el acto particional y a falta de esta disposición, ella sea suplida por medio de representantes legales.
- Que no esté vigente un pacto de indivisión.
- Que los acreedores hereditarios no se opongan a la partición.

7.7.3. LA PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR DESIGNADO POR EL TESTADOR

En el derecho sucesorio testamentario la partición puede ser realizada por el propio testador o bien puede este encomendarla a una tercera persona para que la realice, acto este conocido doctrinalmente como contadores partidores. El contador partidor en una partición hereditaria puede ser designado por el testador, para que realice la partición de la herencia de acuerdo a su voluntad, y esta institución jurídica es conocida como contador partidor testamentario; pero si el causante no ha designado contador partidor, el juez a petición de parte lo designará y de hacerlo se le conoce como contador partidor dativo.

Las facultades del contador partidor han sido integradas al derecho por medio de la doctrina y la jurisprudencia, ello producto de ausencia de normas legales reguladoras. El cargo de contador partidor guarda similitud con el cargo de albacea, y en ella se apoyaron los doctrinarios para determinar las facultades del contador.

Las analogías entre las funciones del albacea y el contador partidor

- El cargo del albacea y contador partidor es personalísimo, por ello estas personas no pueden delegar en otras su referido encargo.
- La aceptación de ambas personas es de carácter voluntario y además renunciable, el mismo requiere de aceptación, la persona designada tiene la facultad de no aceptar el cargo; y si no hay designado y se requiere realizar la partición entonces la facultad de designar contador partidor recae en el juez de la causa.
- Generalmente el cargo es gratuito, aunque esto no impide que el designado pueda recibir retribuciones.

- Es un cargo temporal porque ambos cargos terminan con la partición hereditaria.

Legalmente le es vedado al coheredero designar contador partidor, porque este podría parcializarse.

7.7.4. PARTICIÓN HEREDITARIA REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR DATIVO

El contador partidor y el albacea son dos encargos de confianza que el testador puede designar en su disposición testamentaria para que hagan cumplir su voluntad testamentaria. Son dos figuras jurídicas distintas, pero que generalmente sus funciones tienden a confundirse.

7.8. REGLAS DE LA PARTICIÓN

A este respecto, el Código no contiene ninguna disposición que determine el orden con que ha de efectuarse ésta, sin embargo, en la práctica se identifican tres partes en la partición o cuaderno particional.

7.8.1. LA PARTE PRELIMINAR

Ésta comprende dos aspectos: el Encabezamiento y las Bases del acto o los llamados supuestos.

El encabezamiento del acto contiene al registro de datos identificativos y es expresión de la naturaleza del acto de la partición y el caudal a que se refiere, y que constituye la herencia adquirida, la persona o personas que realizan la

partición y el título por el cual actúan, tanto heredero como partidor. Las bases o supuestos son los antecedentes necesarios de hecho y de derecho a los cuales ha de subordinarse toda la operación particional. Las bases de hecho son las relacionadas al fallecimiento del causante, al estado civil del causante, a las condiciones de familia y si existe o no testamento. Las bases de derecho, por su parte, son los fundamentos o disposiciones legales aplicables a la partición. Si se trata de una partición judicial se aplicará las disposiciones del Código Judicial, artículos 1560 y siguientes. En caso contrario, entonces se siguen las cláusulas testamentarias.

7.8.2. EL CUERPO DE LA PARTICIÓN

Esta parte de la partición comprende o está constituida por tres operaciones particulares, como lo son: Relación de los Bienes, Liquidación del Caudal y División y Adjudicación del hecho partible.

7.8.3. LA RELACIÓN DE LOS BIENES

Mediante la relación de los bienes, que está formada por el inventario y el avalúo, se precede a hacer primero una identificación de todos los bienes que constituyen la herencia, catalogados como activo (bienes muebles e inmuebles) y el pasivo (obligaciones pendientes).

El avalúo que consiste en la asignación de un valor o tasación que se aplica a cada uno de los bienes descritos en el inventario. Puede practicarse por el propio testador (Art. 912), el contador partidor (Art. 913), por los coherederos de común acuerdo (Art. 914), por arbitraje o peritos (Art. 915), en este último caso se realiza por medio de un perito que corresponde al heredero y otro que

representa al fisco para el peritaje el cual ha de basarse en el valor catastral, previa y oficialmente determinado.

7.8.4. LA LIQUIDACIÓN

El objeto por el que se realiza esta operación es el de determinar el verdadero caudal partible, para proceder a deducir del importe total del valor de los bienes inventariados, las cargas que de aquél deban hacerse, como lo son por ejemplo, gastos de enfermedad, gastos de entierro y gastos de la partición de la herencia, hechos en interés de todas coherederos en común, debido a que los hechos en interés de uno de ellos serán a cargo del mismo, quien debe aportar al caudal partible el valor de rentas, frutos, intereses, etc., pues, sólo los gastos necesarios deben ser deducidos. El Código, a este respecto, señala que los coherederos deberán abonarse recíprocamente, para poder determinar ese caudal partible, antes de adjudicarse; sin embargo, el concepto recíproco es impropio porque la aportación que corresponda debe aplicarse a la masa hereditaria y no a cada uno de ellos, según el Artículo 919, en el cual cabe dicha advertencia.

7.8.5. LA DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN

En ese sentido se indica que la división tiene como objetivo fijar la “cuota” o “haber” correspondiente a cada heredero; y la adjudicación, el de aplicar bienes o valores determinados al pago de cada cuota. A ambas operaciones se les denomina composición de lotes o formación de hijuelas, la cual, según explica Covian, “es el conjunto de lo que por cualquier concepto corresponda en la herencia a cada interesado, y de los bienes que se le adjudiquen en pago”.

El Código Civil establece, en relación, a lo que concierne a la división y a la adjudicación, las siguientes reglas:

7.8.6. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El presente principio señala que la hijuela o lote debe formarse en base a este principio entre los coherederos adjudicándoles bienes o derechos de la misma naturaleza, calidad o especie (Art. 917). Esta regla posee carácter facultativo y no imperativo, (establecido mediante sentencia del 16 de junio de 1902 por el Tribunal Supremo de España).

7.8.7. EN LOS DERECHOS INDIVISIBLES

En caso de que una casa sea indivisible o desmerezca por su división, podrá adjudicarse a uno y a los otros se les abona el exceso en dinero, sin embargo, bastará que uno de los herederos pida su venta en pública subasta. (Art. 918).

En cuanto a esta regla, observan Lacruz Berdejo y Sauchó Rebullida: “no impide que alguno o algunos de los bienes de la herencia puedan adjudicarse proindiviso a todos o a varios de los coherederos”. De allí que en tal supuesto quedaría constituida una copropiedad o comunidad ordinaria sobre el objeto adjudicado.

7.9. LOS TÍTULOS

Los títulos serán entregados al coheredero o adjudicatario de la o las fincas a que se refieran. (Art. 921 C.C.P.).

Cuando el mismo título comprende varias fincas asignadas a diversos coherederos, el título quedará en poder del mayor interesado en la o las fincas.

En caso de igual interés, el título se entregará al varón. (Art. 922 C.C.P.).

Esta norma discriminatoria para la mujer, estuvo vigente hasta 2004, ya que la misma fue declarada inconstitucional.

7.9.1. RETRACTO LEGAL

Según el artículo 923 del Código Civil, Retracto Legal “es el derecho de los coherederos a subrogarse en lugar del comprador”.

Para la viabilidad de esta acción de retracto legal sucesorios: uno, que la venta se haya efectuado a un tercero, antes de la partición de la herencia, y dos, que la acción, con reembolso del precio, la ejercite el o los herederos en el término de un mes. Se dice, también que, al vender el derecho accesorio a terceros, antes de la partición, resulta un medio para favorecer a los demás coherederos.

7.9.2. EFECTOS DE LA PARTICIÓN

La partición produce ciertos efectos, los cuales es necesario distinguir, por una parte, con relación a los herederos entre sí, y por la otra, con relación a los terceros interesados. Es así que, con relación a los efectos se subdividen, a su vez, en efectos relativos a la propiedad de los bienes adjudicados, a la garantía por evicción y a la garantía de la insolvencia del deudor.

El artículo 924 del Código Civil, en cuanto a la propiedad de los bienes adjudicados, dispone:

“La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”

A este respecto, se manifiesta que la moderna corriente doctrinal, expuesta por Lacruz Berdejo y Bonet Ramón, sostiene que “la partición tiene entre los coherederos carácter determinativa o especificativa.

En cuanto a la garantía por evicción, siguiendo este planteamiento, indica que los efectos relativos a ésta, guardan correspondencia con los lotes adjudicados a cada coheredero, como bien se expresa en el artículo 925 del Código Civil panameño.

Con relación a la garantía de la insolvencia del deudor, el Código Civil en su artículo 928 se refiere a ésta sobre la base de la distinción de créditos cobrables e incobrables. Esto significa que: si se adjudica como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición. Por el crédito adjudicado como incobrable, no hay responsabilidad para los coherederos, pero una vez que se cobre, en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos.

En cuanto a los efectos con relación a terceros interesados, se presenta dos grupos: los terceros con derecho sobre los bienes antes del fallecimiento del causante, y los terceros con derecho sobre los bienes hereditarios después del fallecimiento y antes de la partición.

En el primer caso, los derechos adquiridos sobre los bienes hereditarios antes del fallecimiento del causante y pertenecientes a terceros, no serán menoscabados por la partición, pues éstos conservarán sus derechos intactos. (Art. 413 del C.C.).

Sobre el segundo grupo de los terceros con derecho sobre los bienes hereditarios después del fallecimiento y antes de la partición, el Código Civil no contempla ninguna regla especial a este respecto.

El reconocimiento o desconocimiento de los alegatos derechos dependerá de la naturaleza jurídica que se le atribuya a la partición.

7.9.3. NULIDAD DE LA PARTICIÓN

Con relación a este aspecto, se dice que la naturaleza jurídica de la partición, desde el punto de vista normal, y distinta según los diversos supuestos, determinará las reglas aplicables en cada caso de nulidad. Cuando se trata de un contrato, se regirá por las disposiciones sobre nulidad de los contratos. (Art. 1141 y siguientes) y según lo afirma el Profesor Carrillo R.

Además, al respecto el Código Civil nuestro en su Artículo 932, hace alusión sólo a un caso especial de nulidad, y en cual expresa:

“La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula”.

Es decir que, si la partición hecha con el heredero aparente o putativo queda nula y si el verdadero heredero es único, no es necesario hacer otra partición, pues falta el supuesto de la comunidad de bienes; sin embargo, si en el supuesto mencionado, han intervenido otros coherederos, será necesaria, entonces, una nueva partición, salvo que los coherederos de común acuerdo, se repartan los bienes adjudicados al heredero aparente.

A pesar de que el Código Civil sólo señala este caso especial de nulidad, tenemos que autores como Castán Tobeñas, Royo Martínez, Sancho Rebullida y Puig Brutau, citan otras causas de nulidad, como: “Error sobre la muerte del

causante; partición hecha con arreglo a un testamento que no es el definitivo; de conformidad a un derecho que no es el que debe regir la sucesión; por un comisario que a la vez sea coheredero, por un causante no testador; y por falta de objeto, por referirse a bienes que no eran de la herencia, etc.

7.9.4. RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN

El artículo 929 del Código Civil, como regla general, a este respecto expresa que:

“Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones”.

Lo que es lo mismo decir que se rescindirán por las mismas causas por las que pueden rescindirse los actos o contratos, esto es por las causas que se citan en el artículo 1142 del Código Civil.

7.9.5. MODIFICACIÓN DE LA PARTICIÓN

El presente concepto señala que tiene por objeto subsanar el defecto de que adolece la partición y el perjuicio causado a algunos de los coherederos, conservando la validez y eficacia del acto.

La modificación de la partición distingue dos supuestos: la omisión en el activo partible de algunos objetos o valores de la herencia (Art. 930) y la omisión de uno de los coherederos (Art. 931).

En este sentido el Artículo 930 establece:

“La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición, sino a que se complete y adicione con los objetos o valores omitidos.”

Por su parte, el Artículo 931 dispone que:

“La partición hecha por omisión de algunos de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los interesados, pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponde”.

Según el artículo 930 del Código Civil, el legislador no distingue entre omisión voluntaria e involuntaria de los objetos y valores de la herencia y se admite que la adición procede en uno y otro caso.

El artículo 931, por su parte, hace alusión a que la partición realizada por olvido, ya que, si se prueba que hubo mala fe o dolo, dará lugar a la nulidad de la misma.

Sánchez Román, sobre el término “pagar” señala que “es sinónimo de cumplir la prestación debida tal y como ella es y en lo que ella consiste: en cosas, bienes o valores de la herencia de la misma naturaleza, calidad o especie que las adjudicadas a los demás interesados, guardando la posible igualdad y, de no ser posible por el medio subsidiario de su equivalente en dinero, según el valor que tuviera la cosa cuando se adjudicó”, citado por Rogerio de María Carrillo.

En resumen, se dice que siempre existirá preterición cuando se omite a un heredero al cual ni se nombra ni se le asigna partición, y que sólo puede exigir de los demás que le paguen proporcionalmente la parte que le corresponde, por haber éstos actuados de buena fe.

7.9.6. PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS

El o los acreedores de la herencial, pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se le pague o afiance el importe de sus créditos, (Artículo 933 c.c.), el fundamento de este artículo se centra en el axioma de que “antes es pagar que heredar”. Ese derecho no se concede a todos los

acreedores, sino a los reconocidos como tales, que prueben judicialmente la existencia de su crédito o hayan sido admitidos como acreedores, por los herederos en el proceso sucesorio.

También, a los acreedores de uno o más de los coherederos se les permite intervenir a su costa en la partición, para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos, o sea “Intervenir en la partición” (Artículo 934).

Cuando existe un solo heredero, como sucesor universal del difunto, responderá frente a todos los acreedores del causante por las deudas hereditarias, si aceptó la herencia pura y simplemente, o si la aceptó a beneficio de inventario.

En el caso de que sean varios los herederos, se presentan dos soluciones: Una de ellas es, entender “ipso iure” y desde la apertura de la sucesión, las obligaciones como divisibles entre los herederos, o considerar indivisible esas obligaciones, con relación a los acreedores, y hacerlas recaer solidariamente sobre todos y cada uno de los herederos.

Con relación a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el Código Civil de Panamá y siguiendo el Código Español, adopta este sistema en el artículo 935.

Al coheredero contra el que se dirige la acción, por no estar comprometido a cancelar el total de las deudas del causante el Código Civil le concede un derecho preventivo de citar o los otros coherederos para que, de ser posible, pague cada cual la parte que le corresponda.

Luego de que dicho pago haya sido verificado, el coheredero que haya cancelado tiene una acción de reembolso, la cual está consagrada en los artículos 936 y 938 del Código Civil Panameño.

Si los acreedores del causante están plenamente reconocidos en el testamento, y son debidamente identificados por los coherederos, o poseen en su poder un título ejecutivo (cheque, letra de cambio, pagaré o una sentencia judicial firme... etc.) están facultados por ley a oponerse a la partición de la herencia hasta que se les pague o se les afiance el pago de sus créditos, pero no pueden solicitar que se practique la partición judicial de los bienes que componen la masa relicta. Los acreedores pueden ejercer acciones de carácter judiciales contra la comunidad hereditaria en contra de los coherederos en el juicio que corresponda, sin que estas acciones suspendan el procedimiento de partición judicial de la herencia.

Una vez finalizada la división de la masa herencial, los acreedores reconocidos están debidamente facultados por ley a exigir el pago de sus créditos, y ello es hasta el límite del importe de los bienes atribuidos si la herencia fue aceptada a beneficio de inventario, o hasta el límite del total de la deuda, si no se hizo de esta forma.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se da para que el heredero no tenga que responder con sus bienes, las deudas del fallecido; la ley brinda esa posibilidad en cuyo caso el heredero sólo responderá de las deudas del fallecido hasta donde cubran los bienes de la herencia y sólo adquirirá los bienes que queden en la herencia una vez que se hayan pagado todas las deudas.

El coheredero que hubiese pagado más de lo correspondido de su respectiva cuota de participación en la herencia, puede reclamar a los demás herederos ese exceso.

7.10. EL ALBACEA TESTAMENTARIO

El albacea, testamentario, es la persona designada por el testador para que vele y haga efectiva su voluntad testamentaria. Cuando no existe el albacea son los herederos instituidos los encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador. Cualquier persona con capacidad jurídica puede ser albacea. La figura del albacea tiene las siguientes características; es un cargo voluntario, su desempeño es de carácter obligatorio una vez aceptado el encargo; es un cargo temporal, dado que finaliza con la partición hereditaria; es gratuito, pero existe la posibilidad de que el testador o los instituidos lo retribuya; y es personalísimo, ya que el albacea no puede delegar en otra persona su función a menos que sea autorizado por el testador.

El albacea puede ser universal o particular. El universal tiene atribuidas las facultades propias del cargo, ejecutar la voluntad testamentaria. El albacea particular, solo puede hacer lo que el testador le haya indicado.

Existe la posibilidad de que el testador nombre varios albaceas, con actuaciones solidarias o mancomunada, si la designación es de carácter solidario, lo que decida una de ellos es válido; y si la designación es carácter mancomunado, será válido lo que decidan de manera conjunta o lo que acuerde la mayoría a falta de unanimidad.

El albacea sólo puede hacer lo que el testador le haya encomendado y lo que la ley le faculta. Entre las facultades del albacea podemos mencionar la interpretación del testamento, pagar el funeral, las deudas del testador, entregar cualquier legado, custodiar bienes, administrar los bienes de la herencia hasta

que se realice la partición, y cobrar los créditos del causante, vender bienes de ser necesario para aplicarlo a los fines establecidos por el testador, etc.

El artículo 864 del C.C. de Panamá dice: “No habiendo el testador determinado expresamente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1. Disponer y pagar el funeral del testador, con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del lugar.
2. Satisfacer los legados con conocimiento de los interesados y autorización judicial;
3. Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de la ley; y
4. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes con la intervención de los herederos presentes”.

7.11. EL CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO Y EL DATIVO

Como se anunció anteriormente se tiende a confundir la figura de albacea con la del contador-partidor testamentario, pero las funciones de ambos son distintas; la función fundamental de estas personas es el reparto de los bienes hereditarios. El contador-partidor testamentario está facultado para ejecutar el testamento y partir los bienes herenciales, en cambio el albacea solo puede repartir los bienes de la herencia, no tiene poder de ejecución.

A falta de contador-partidor testamentario existe el llamado contador-partidor dativo, que es el nombrado por el juez y ello se da cuando los coherederos no se ponen de acuerdo a la partición de la herencia. Tanto el albacea como el

contador –partidor testamentario nunca podrán modificar la voluntad del testador o tratar de desvirtuarla por vía de interpretación.

“En términos generales la designación de partidor se hace por el juez cuando hay asignatarios incapaces, cuando hay ausentes, cuando existe desacuerdo entre los coasignatarios, si el cónyuge o los herederos no aceptan la partición testamentaria o esta no se ajusta a derecho o cuando los coasignatarios no han nombrado partidor dentro de la oportunidad indicada.” (Hernández Cardona, 2004, Pág., 204)

7.11.1. INHABILIDADES PARA SER PARTIDOR

Las inhabilidades para ejercer las funciones de partidor están plenamente identificadas en la ley.

No puede ser partidor el que fuere albacea o coasignatario de la cosa cuya partición se trata, el responsable de algún hecho punible, el que ha hecho informe pericial y haya incurrido en dolo, error grave, cohecho o seducción, quienes han incumplido el cargo de curador ad litem, los profesionales a quienes se les haya cancelado la licencia, los incapaces, etc.

7.12.LA DECLARATORIA DE HEREDEROS Y LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Cuando una persona muere sin dejar testamento y es poseedor de un patrimonio, antes de proceder a la partición hereditaria y la adjudicación de los bienes que componen la herencia, es necesario determinar judicialmente quiénes son los herederos designados y ello se realiza mediante la llamada declaratoria de herederos.

La solicitud de la declaración judicial de herederos se realiza por escrito, adjuntando un sin número de pruebas plenamente determinada en la ley tales como el certificado de defunción, el certificado de actos de última voluntad, el certificado de matrimonio, los documentos que en su caso acrediten el parentesco, entre otras. Para la declaratoria de heredero no es obligatoria la intervención de abogado cuando el importe de los bienes herenciales no supera un determinado límite económico. En estos procedimientos siempre debe intervenir el Ministerio público.

7.13. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El régimen económico matrimonial se disuelve por el fallecimiento de uno de los cónyuges, por el divorcio o por una petición judicial. Cuando el régimen económico matrimonial se disuelve por el fallecimiento de uno de los cónyuges, antes de proceder a la división de la herencia es necesario determinar qué bienes componen el patrimonio del viudo y cuáles las del fallecido; ello para determinar qué bienes van a ser objeto del proceso sucesorio.

La división de la herencia puede realizarse a través de escritura pública y ésta puede ser impugnada por los herederos forzosos si la liquidación del régimen matrimonial perjudica su legítima. La igualdad sucesoral no afecta a la sociedad conyugal, ya que los bienes matrimoniales son extraídos previamente a la liquidación y partición de la herencia.

Si existiese sociedad de gananciales nacida producto del matrimonio, y este régimen económico matrimonial termina por causa de muerte, hay que precisar los bienes comunes que hay que liquidar, para determinar qué bienes

corresponden a la sociedad, y cuáles se adjudican al cónyuge supérstite y cuáles a la herencia del causante, para luego repartir los bienes del causante entre los coherederos. Están incluidos los bienes de la colación, que son los bienes donados en vida por algunos de los cónyuges y que eran privativos de la sociedad. Es pertinente mencionar que en nuestro derecho positivo ello no opera así, ya que la institución colación no existe en nuestro sistema jurídico; institución que está plenamente regulada en el derecho comparado.

7.14. LA COLACIÓN DE LA HERENCIA

Salvo pacto en contrario, se determina que todas aquellas donaciones que los padres realicen a favor de uno de sus hijos, presupone un adelanto de su participación en la masa herencial, por lo que es dable que los demás herederos soliciten que ese valor deberá restarse de la cuota hereditaria que le corresponda tras la partición. Ese acto se conoce doctrinalmente como colación de la herencia, es por ello que todos los herederos están facultados para solicitar de ser necesario que se colacione lo que su padre donó en vida a su hermano. Para la partición no sólo había que tener en cuenta la herencia dejada por el causante con su activo y pasivo sino también el fenómeno de la colación (*bonorum in médium collatio*), que significa la acumulación de los bienes propios de los paternos (*collatio est iunctio bonorum propriorum cum paternis*). Por lo tanto, para poder participar en la distribución de la herencia (*bonorum paternorum-distributio*), era necesario traer sus bienes a la masa común hereditaria.”

7.15. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA

El procedimiento judicial para solicitar la división de la herencia comienza con una demanda que debe reunir todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley, debidamente firmada por abogado; se debe acompañar con la demanda el certificado de defunción, el certificado del Registro de Actos de última Voluntad en el que conste que el fallecido no otorgó testamento, los documentos que acredite que el demandante tiene la condición de heredero o legatario y la documentación relativa a los bienes que componen la herencia.

En la misma demanda de ser necesario se puede solicitar el aseguramiento de los bienes y la conformación de inventario, y designar el nombramiento de una persona que se encargue de la administración de los mismos.

7.15.1. CANCELACIÓN DE LOS GASTOS DE LA PARTICIÓN

Cuando se solicita la partición de la herencia los gastos que se hayan realizado en beneficio de todos los coherederos serán deducidos de la masa hereditaria que está constituida por el conjunto de los bienes del difunto; pero si la partición beneficia a uno de ellos, serán de su cargo de forma exclusiva. Artículo 920 C.C.

Los coherederos serán convocados por el tribunal correspondiente a una Junta, la cual contará con la presencia del Ministerio Público si alguno de los herederos es menor o incapaz o ha sido declarado ausente y aún no se ha designado a su representante legal.

En esta Junta los herederos nombrarán un contador-partidor para que realice las operaciones de división, y se asignarán los peritos necesarios para valorar y tasar los bienes que componen la masa relicta.

El cargo de contador-partidor debe ser ejercido por un abogado en ejercicio, y éste está obligado a respetar las operaciones divisorias y las reglas para la valoración de los bienes que hayan sido impuestas por el testador, siempre que éstas no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos.

El informe final presentado por el contador-partidor debe contener una relación de los bienes que componen la masa relictiva, la valoración de cada uno de ellos, la división que haya sido practicada y su respectiva atribución a cada uno de los herederos correspondientes.

Las operaciones realizadas por el contador-partidor, les serán comunicadas a todas las partes que intervengan en el procedimiento para que, si no están conformes, puedan oponerse a ellas en el término establecido en la ley; la oposición debe formularse por escrito.

Presentado el informe del contador-partidor, si no hay oposición el juez de la causa dictará una resolución un ("auto") por la que se aprobarán las operaciones divisorias; pero si uno de los coherederos anuncia y formula la oposición, el juez citará a las partes a una nueva comparecencia en la que se expondrán los motivos de dicha oposición. Valorada la oposición podrá acordarse la práctica de alguna prueba (por ejemplo, los herederos no están de acuerdo con la valoración que se ha dado a los bienes, se solicita una nueva tasación).

Subsanado todas las inquietudes planteadas, cada coheredero adquiere la propiedad y la posesión de los bienes que se le otorguen y la resolución judicial que se dicte, permitirá al beneficiario cambiar a su favor la titularidad de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad.

7.15.2. VENTA DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS

Los derechos hereditarios pueden ser vendidos, después que hayan sido adjudicados a través de la correspondiente partición herencial, el heredero no puede disponer de los bienes que componen la herencia hasta que no le son adjudicados formalmente, tras la tramitación del procedimiento judicial, o bien a través de la escritura de partición y adjudicación de herencia otorgada ante notario. Los bienes no son propiedad del heredero hasta su adjudicación.

Los herederos pueden vender sus derechos hereditarios, pero no los bienes que componen la masa herencial. Estos bienes hereditarios pasarán al comprador cuando se adjudiquen definitivamente al beneficiario-vendedor.

De existir varios coherederos, el heredero interesado en vender sus derechos hereditarios sobre la herencia deberá comunicarle al resto de los coherederos su intención de vender, para que éstos puedan subrogarse en la posición del comprador y adquirir en su lugar tales derechos, previo pago del precio que se haya acordado.

7.15.3. BIENES DEL FALLECIDO NO INCLUIDOS EN LA PARTICIÓN

Suele suceder que, con posterioridad a la partición, aparezcan nuevos bienes a nombre del fallecido. Cuando ello sucede, la partición no se anula, sino que los bienes se adicionan a la partición y luego se realiza un nuevo reparto de los bienes aparecidos.

7.16. CÓMO PROCEDER CUANDO EN LA PARTICIÓN NO ESTÁN TODOS LOS HEREDEROS Y SI ALGUNO DE LOS QUE ESTÁ NO LO ES

En el primero de los casos, si se omite a alguno de los herederos sin mala intención, la partición no se anula, sino que el resto de los beneficiarios deberán darle al excluido la parte que le corresponda en la herencia y si la omisión fue de mala fe, el heredero omitido a través de un proceso sumario puede pedir la reapertura del proceso sucesorio y solicitar ser incluido en dicho proceso a través de un incidente de inclusión de heredero y si los bienes de la sucesión aún no han sido traspasados se debe proceder con una nueva partición; también puede darse el caso de que los herederos resarzan al excluido si este así lo acepta; ese derecho prescribe a los 15 años. Si en la partición fuese considerado como heredero alguien que realmente no debe serlo, la partición será nula.

7.16.1. PUEDE EL HEREDERO RENUNCIAR A LA HERENCIA

El heredero si lo considera pertinente puede renunciar a la herencia. En este caso la renuncia habrá de hacerse siempre de forma expresa, en documento público, ante el juez correspondiente o ante un notario y la renuncia debe hacerse por escrito.

Cuando el heredero renuncia a una herencia, suelen suceder diferentes tipos de situaciones, dependiendo del tipo de proceso sucesorio; si la renuncia se da y el proceso de sucesión es intestado, surge lo que en el derecho se llama derecho de representación, a contrario sensu si el proceso que se ventila es testamentario, entonces nace la institución derecho de acrecer, esto es, que la porción a la que el heredero ha renunciado se reparta proporcionalmente entre los que han aceptado la herencia.

7.17. QUÉ SUCEDE CUANDO EL HEREDERO AL RENUNCIAR A LA HERENCIA PERJUDICA A SUS ACREEDORES

Por diferentes tipos de consideraciones a veces ocurre que el beneficiario de una herencia decide renunciar a la misma para evadir alguna responsabilidad y así no verse obligado a entregar los bienes adjudicados a los acreedores en pago de las deudas pendientes, cuando ello sucede los acreedores por ley pueden oponerse judicialmente a dicha renuncia y a la partición de dicha herencia.

7.17.1. FORMALIDADES PARA ANULAR LA PARTICIÓN

La partición hereditaria puede ser objeto de rescisión o anulación por las mismas causas que se rescinden los contratos, ello es, cuando se haga sin poseer la capacidad suficiente para ese acto o cuando sea contrario a la ley.

También puede anularse la partición cuando exista un perjuicio o lesión grave para alguno de los beneficiarios de la herencia, y ello puede suceder si existe perjuicio, entre el valor de los bienes que se le han atribuido y el valor de los adjudicados al resto. La partición realizada por el fallecido en su disposición testamentaria no puede ser impugnada por lesión salvo que perjudique la legítima de los herederos forzosos o se aduzca y se compruebe en juicio que la voluntad del testador era distinta a la que se hizo constar en el testamento.

El heredero que se sienta afectado y decida rescindir la partición deberá hacerlo a través del procedimiento judicial. Los herederos demandados, pueden optar entre indemnizar o realizar una nueva partición. La acción de rescisión de la partición hereditaria no puede ser invocada por el heredero que hubiese vendido totalmente o gran parte de los bienes inmuebles que les fueron adjudicados.

CAPÍTULO VIII

SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

8.1. DE LA SUSTITUCIÓN

El testador puede nombrar a una o más personas para que sustituyan al heredero o herederos, al legatario o legatarios, para el caso de que mueran antes que él, sean incapaces de heredar o no acepten la herencia. (Quedan prohibidas las substituciones diversas de las contenidas en el artículo anterior).

Los substitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirla los substituidos, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales.

La nulidad de la substitución no afecta al heredero ni al legatario.

El padre puede dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos sólo al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador; en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario.

Son nulas las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

Es válida la obligación que se impone al heredero o legatario de invertir alguna cantidad en obras de beneficencia.

La substitución hereditaria es una institución testamentaria por medio de la cual un tercero asignado es llamado a la titularidad de la herencia en defecto de una primera persona o después de ella.

La palabra "sustitución" viene del latín substitutio y significa "acción y efecto de poner en lugar de otro". Sus componentes léxicos son: el prefijo sub- (debajo), statuere (estacionar, parar, colocar), más el sufijo -ción (acción y efecto).

Etimológicamente la palabra sustitución viene del latín (sub e institutio) acción y efecto de poner en lugar de otro, de lo preceptuado se deduce que la sustitución como institución subordinada a otra, es una disposición testamentaria por medio de la cual un tercero es llamado a la titularidad de la herencia en defecto de una primera persona o después de ella. Esta institución está íntimamente relacionada con el derecho de representación en materia de sucesión testamentaria. PUIG PEÑA dice: la sustitución es la disposición testamentaria en virtud de la cual el causante llama a la titularidad de la herencia a un posterior heredero, en defecto del primeramente nombrado o después de él. Algunos doctrinarios llaman a esta institución como un vice heredero.

Sustituir es cambiar una cosa por otra, en materia de sucesión la sustitución consiste en nombrar un asignatario para que ocupe el lugar de otro, ya sea que ese otro no acepte, o que antes de ser diferida la asignación, falte por fallecimiento o que no cumpla con la condición establecida por el testador, (artículo 789 C.C.P), esto es lo que se conoce en doctrina como sustitución vulgar. Ejemplo si tal heredero no llegó a nacer.

La doctrina considera que la sustitución puede ser directa o indirecta, es directa cuando se designa una persona en defecto de otra, e indirecta, cuando se llama a un heredero después de otro.

Las diferencias entre una y otra son las siguientes: En la sustitución directa hay varias condiciones eventuales pero una sola real, o sea que sólo heredará el sustituto o el sustituido, en la indirecta hay varias liberalidades que se hacen efectivas sucesivamente. En la sustitución directa el que llega a heredar tiene la disposición sobre la masa hereditaria, es decir, puede disponer libremente de los bienes, en la indirecta, el primer heredero está obligado a conservar los bienes y luego transmitirlos a los siguientes beneficiarios, es decir la sustitución es condicionada.

La sustitución indirecta no fue vista por el Derecho romano y las legislaciones modernas. En el derecho romano sólo se admitían tres especies de sustitución: la vulgar, la pupilar y la cuasi-pupilar o ejemplar. En el Derecho moderno nació una nueva especie de sustitución la fideicomisaria, que surgió producto de la combinación entre la sustitución y el fideicomiso.

En la legislación civil española se ha admitido las cuatro clases de sustitución. En la legislación panameña de lo que preceptúa el artículo 789 se entiende que sólo existe la sustitución vulgar o directa. Doctrinariamente la sustitución directa es la vulgar y la sustitución fideicomisaria es la indirecta; las otras dos, o sea, la ejemplar y la pupilar no encuadran exactamente en ninguno de los tipos doctrinales.

8.2. CLASES DE SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

1. En Panamá solo existe la sustitución simple y sin expresión de casos o sustitución vulgar.

ROCA SASTRE, al referirse a la sustitución vulgar dice que es aquella disposición testamentaria en virtud de la cual el testador nombra a un segundo o ulterior heredero (o legatario) para el caso o en previsión de que el anterior heredero instituido (o legatario llamado) no llegue efectivamente a serlo por no poder o no querer.

La definición de SASTRE, es lo que dicta nuestra legislación, artículo 789, que dice: Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso en que mueran antes que él, o no puedan aceptar la herencia.

El artículo 789 c.c.p., al referirse a la sustitución vulgar que en nuestro código se conoce como simple y sin expresión de caso comprende los tres expresados (premorienza, repudiación e incapacidad) a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

El artículo 790 c.c.p., al referirse al número de sustituidos manifiesta que suele darse los siguientes efectos. Un sustituto o varios para un heredero; varios sustitutos para varios herederos sustitutos recíprocos. Todas estas modalidades están admitidas por nuestro Código Civil que dice, artículo 790, que pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola y al contrario, una sola a dos o más herederos.

La naturaleza jurídica de la sustitución, según la doctrina general la considera como una institución condicional, toda vez que el llamamiento al sustituto depende de un hecho futuro e incierto, es decir, el sustituto entra si el instituido

no quiera o no pueda aceptar la herencia. Autores como ROCA SASTRE y otros, consideran que se trata de una mera previsión sucesoria del testador.

¿Qué sucedería si el instituido no hace uso del ius delationis? En nuestra legislación existe un vacío legal y jurisprudencial respecto al tema, en otras legislaciones como la española el sustituto vulgar pueda hacer uso de la facultad que concede el artículo 1005 del Código Civil, acudiendo al Notario para que comunique al heredero que tiene un plazo de treinta días naturales para que acepte o repudie la herencia, y si este no hace uso de su derecho, el sustituto automáticamente queda facultado para hacer uso de su derecho, con las mismas cargas establecidas en el artículo 792 de nuestro Código Civil.

Respecto a la posible colisión entre el derecho de acrecer y el derecho de sustitución, ello no es posible ya que la doctrina afirma y defiende la preeminencia de la sustitución sobre el acrecimiento, por ser expresión de la propia voluntad del testador, al respecto ALBALADEJO afirma que donde hay sustitución es imposible el acrecimiento; en virtud al principio de autonomía de la voluntad, que es de carácter supremo en materia de sucesión testamentaria.

8.2.1. SUSTITUCIÓN PUPILAR

En otras legislaciones como la española existe además la sustitución pupilar; la sustitución pupilar es la facultad que tienen los padres y los ascendientes sobre sus descendientes menores para testar o incapaces con la finalidad de evitar la sucesión intestada de estos en caso de fallecimiento

Respecto a la sustitución pupilar el artículo 775 del Código Civil español dice: que los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus

descendientes menores de 14 años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de llegar a dicha edad.

El objetivo que se sigue en este tipo de sustitución, de igual forma que en la sustitución ejemplar, es evitar la sucesión intestada del sustituido. La sustitución simple o vulgar y la pupilar constituye una excepción al principio del testamento como acto personalísimo, toda vez que permite al ascendiente la realización del testamento del menor de 14 años o incapacitado judicialmente por enfermedad mental.

Están facultados para sustituir en la sustitución pupilar o ejemplar los padres o cualquier ascendiente matrimonial o no matrimonial. Además, pueden sustituir los padres adoptantes y sus ascendientes. pueden ser sustituidos cualquier descendiente menor de 14 años matrimonial y no matrimonial y los adoptados por sus adoptantes. Puede ser sustituido el pupilo no nacido, suficiente con que esté concebido.

Existe teorías sobre los bienes objeto de la sustitución, hay una teoría que dice que solo incluirán los bienes que el sustituido (impúber o incapaz) hubiese recibido del ascendiente sustituyente. Existe una teoría más amplia, que considera que se puede incluir en la sustitución los bienes que el incapaz de testar deje a su fallecimiento, cualquiera que fuere su procedencia. Esta es la tesis utilizada en el derecho comparado.

8.2.2. EFECTO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR

La sustitución pupilar se produce cuando deja de tener efecto la condición por la cual se crea la sustitución; y esa condición se cumple cuando:

- a) Que el sustituto sobreviva al sustituido para heredar. (premorienza del sustituto).
- b) Que el impúber alcance la edad de 14 años.
- c) Por nulidad del testamento en que se establece la sustitución.
- d) Por la incapacidad del sustituido por caso de indignidad o porque este renuncie la herencia.
- e) Por revocatoria testamentaria, producto de un testamento posterior.

8.2.3. SUSTITUCIÓN EJEMPLAR O CUASI PUPILAR

Esta tiene su efecto cuando se haya declarado la interdicción del sustituido por enajenación mental. Al respecto, el artículo 776 del Código Civil español dice que el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de 14 años que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

Se extingue por la disposición testamentaria del incapaz hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. La doctrina es coincidente y considera además, que se extingue en el caso de que se descubra un testamento hecho con anterioridad a la demencia.

8.2.4. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA O POR ENCARGO

el artículo 781 del Código Civil español, dice: son sustituciones fideicomisarias aquellas en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y trasmita a un tercero el todo o parte de la herencia.

La sustitución fideicomisaria es considerada indirecta o sucesiva y es aquella por medio de la cual se encarga al [heredero](#) que conserve y transmita posteriormente a un [tercero](#) el todo o parte de la [herencia que este por encargo recibió](#).

[Sustitución hereditaria](#) fideicomitente es una [disposición de carácter testamentaria de última voluntad](#); por medio del cual el [testador llamado fideicomitente](#), después de [designar](#) el [heredero](#) que lo será en primer lugar llamado [heredero fiduciario](#), nombrara a otro u otros ([herederos fideicomisarios](#)) que recibirán de aquél la [herencia](#) que le transmitió el [testador](#) (bienes fideicomitidos). La doctrina conoce este acto como llamamiento múltiple en el orden escogido por el testador de carácter sucesivo. El [heredero fiduciario](#) está obligado a conservar y transmitir la [herencia](#) fideicomitada al [heredero](#) escogido por el [testador](#) en segundo lugar. El o los [herederos fideicomisarios](#) designado en último voluntad testamentaria están exentos de gravámenes y se convertirán en titulares de los bienes fideicomitidos. El testador debe cumplir con la regla legal que no pase del segundo grado; es decir, el [testador](#) no puede [designar](#) más de dos [herederos fideicomisarios](#) sucesivos. Y segunda, que los designados [herederos fideicomisarios](#) deben vivir al fallecer el [testador](#).

En conclusión, la **sustitución fideicomisaria** puede ser definida como una sustitución indirecta sucesiva, en virtud de la cual el testador instituye a un primer heredero (fiduciario), que conservará los bienes de la herencia y luego los transmite después de su muerte a un segundo heredero nombrado y seleccionado por el institutor, reconocido como heredero fideicomisario.

Para efecto de los legados también pueden ser asignados mediante sustitución fideicomisaria.

Esta definición dada a la sustitución fideicomisaria, respecto al encargo es imprecisa ya que en realidad es una imposición del testador; quien trasmite los bienes es el institutor no el heredero fiduciario.

La sustitución fideicomisaria para que tenga efecto requiere:

1. Que se establezca por el testador en su disposición testamentaria de manera expresa; no presunta.

2. Que el testador establezca un llamamiento múltiple y sucesivo.

3. Obligación de transmitir los bienes, impuesta a los fiduciarios a favor de los fideicomisarios, ello implica en principio una prohibición de disposición respecto a los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario.

4. Determinación de cuando han de pasar los bienes del fiduciario al fideicomisario, la transmisión puede ser a término o bajo condición.

5. Los llamamientos no pueden pasar de segundo grado.

6. La transmisión ha de hacerse a favor de personas que vivan al fallecimiento del testador.

7) Han de respetar los derechos de los legitimarios.

8) Han de ser sustituciones expresamente admitidas por el Código Civil, en este caso el código civil español.

8.2.5. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El fideicomiso de residuo es una disposición de última voluntad testamentaria, por medio de la cual se instituye heredero o legatario a una persona llamada fiduciario, a la que se le atribuyen los bienes, con la obligación de conservar y entregar la herencia en un tiempo determinado.

El fideicomiso de residuo constituye una modalidad de sustitución fideicomisaria diferente a las sustituciones **fideicomisarias** ordinarias.

Clasificación de los **fideicomisos de residuo**:

a) Por las facultades atribuidas al fiduciario, estas sustituciones de residuo pueden ser simples o preventiva de residuo.

- Son **simples**, si la facultad de disposición del fiduciario comprende sólo actos inter vivos, y preventivas de residuo, son aquellas en que el fiduciario tiene un poder de disposición ilimitado que incluye no sólo los actos inter vivos, sino también los mortis causa.
- Esta institución es **preventiva**, porque su finalidad es prevenir la sucesión intestada, estableciendo así una sustitución hereditaria subsidiaria.

b) Por la extensión del residuo, existen dos tipos de fideicomiso de residuo

1. Fideicomiso "si quid supererit" (si algo queda). Mediante este tipo de fideicomiso el testador faculta al fiduciario con amplio poder de disposición sobre los bienes hereditarios, de la manera que estime pertinente por lo que el fideicomisario sólo recibirá en su día lo que quede o resta, si algo efectivamente queda de la herencia. La doctrina considera este tipo de fideicomiso condicional.

2. Fideicomiso "de eo quod supererit" (de aquello que deba quedar), en este tipo de fideicomiso el fiduciario pierde el poder de disposición no podrá disponer de algo de la herencia, se ve obligado a restituir este algo. Por lo tanto, en esta variedad los fideicomisarios han de recibir siempre un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer sobre aquellos que de manera expresa estableció el testador. Este tipo de fideicomiso la doctrina lo denomina a término.

El fiduciario en los fideicomisos de residuo, está sólo facultado para realizar lo que le indique el testador y esas facultades deberán ser interpretadas de manera restrictiva.

El testador puede en cualquier tipo de sustitución dejar a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra u otras el usufructo. Si se diese el caso que el testador llamase a disfrute y goce del usufructo a varias personas, no simultánea, sino de manera sucesiva, respecto a ello lo mencionado surtirá efecto siempre y cuando no pasen del Segundo grado. Al respecto el artículo 781 del C.C. español dice: Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Generalmente la doctrina y la jurisprudencia han considerado al fiduciario como un usufructuario, ya que este durante su administración posee todos los derechos sobre los bienes fideicomitidos, excepto la disposición. La confusión prevista no debe ser admisible, ya que el usufructo es un ius in re aliena, mientras que el fiduciario tiene un derecho sobre cosa propia.

La doctrina en general considera que el fiduciario es un heredero, por tanto, es titular de los bienes y derechos hereditarios objeto de la sustitución. Con la obligación de conservar y transmitir dichos bienes, y que la ley lo grava y lo limita en cuanto a la facultad de disposición. El fiduciario es un propietario privado del ius disponendi, un propietario o titular ad tempus.

La legislación española, respecto al fideicomisario, artículo 784 del Código Civil preceptúa que, el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión a partir de la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

Respecto a la sustitución fideicomisaria condicional la doctrina entre otro dice que, el heredero o legatario que muere antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos.

Extinción de la sustitución fideicomisaria

- Que se declare nulo el testamento donde se creó el fideicomiso.
- Por la nulidad del fideicomisario, por no ser conforme a derecho.
- Por renuncia e incapacidad de todos los fideicomisarios.
- Premoriencia de los fideicomisarios al testador, o en los condicionales la muerte de estos antes de cumplirse la condición.
- Cuando queda incumplida la condición suspensiva en los fideicomisos condicionales.

CAPÍTULO 1X

DEL DERECHO DE TESTAR

9.DERECHO DE TESTAR

La realización de un testamento es un acto jurídico unilateral que requiere que quien lo realice manifieste una voluntad no viciada, y que provenga de quien tenga capacidad jurídica y de hecho para testar.

En la antigua Roma tenían capacidad para testar quienes tenían la “testamenti factio activa”, los púberes varones, o sea, los mayores de 14 años, ingenuos, o libertos ciudadanos romanos. Los sordomudos en principio no pudieron testar.

Es importante resaltar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia han surgido posiciones encontradas y controversiales sobre el origen o causa jurídica para otorgar testamento; lo que equivale a decir: “el fundamento de la facultad de disponer de sus bienes en forma gratuita por parte del causante, para que tenga efectos cuando este haya fallecido. Para unos es un derecho propio del individuo, que el Estado no puede desconocer. Para otros, es una concesión gratuita del Estado, que este puede ignorar”.

También destaca Suárez Franco, que, autores como Hugo Groccio sostienen que el fundamento jurídico – filosófico de testar es propio, por cuanto se trata de una simple extensión del derecho de propiedad que es de derecho natural: “es la manifestación neta del derecho de propiedad que faculta al propietario para disponer de las cosas en que se ejercita”.

Por el contrario, para Montesquieu y Mirabeau el derecho de disponer de los bienes en forma gratuita procede de una concesión del derecho del Estado, tendencia que en los siglos XVIII y XIX, fue la que precisamente predominó.

No obstante, para Robespierre y Mirabeau del fallecimiento de una persona no surge sino una condición social”, lo que según ellos no es novedad, puesto que su origen o fundamento se encuentra en el mismo Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau.

9.1. CONCEPTO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El heredero es considerado como elemento central de la teoría testamentaria, ya que se trata del sustituto del *de cuius* en la titularidad de su patrimonio; de ahí la importancia de la institución.

El heredero nace producto de la ley y por la voluntad del testador. Esta institución es de carácter universal, en el sentido de que el instituido sucede al autor testamentario –en la totalidad patrimonial o en la parte alícuota en todos sus bienes, derechos y obligaciones.

9.1.1. FACULTAD DE INSTITUIR HEREDERO

El testador es libre de instituir a su heredero, o a sus herederos, y este nombramiento es intuitu personae, ya que el sucesor ha sido electo por ser precisamente la persona determinada por la ley o por el querer del disponente.

La libertad de testar constituye un principio general del derecho sucesorio que es el libre poder de disposición de bienes, en el cual son las limitaciones o restricciones de carácter extraordinario o excepcional las que deben constar expresamente en la ley y ser interpretadas de manera irrestricta. La designación de herederos o de la herencia puede hacerse por el causante en [testamento](#) o venir determinado por la [ley](#) por ausencia de testamento, o por aplicación de normas imperativas como las [legítimas](#).

El derecho de testar está supeditado a dos grandes sistemas, el de libertad absoluta y el sistema de libertad relativa, a través de estos sistemas se ejercita el poder de disposición de bienes por testamento, según lo distingue el ámbito doctrinal.

En cuanto al sistema de libertad absoluta esta es la facultad que posee la persona de disponer libremente por testamento de cuantos bienes posea; por tanto, se le reconoce una libertad indefinida, la cual tiene como origen el poder del libre albedrío.

Este concepto sobre el sistema de libertad absoluta en principio fue considerado como facultad libertad libérrima, omnímoda, sin restricciones ni obligaciones de índole alguna. Luego aparece un nuevo significado del concepto el cual admite en materia fiscal el derecho que le confiere al Estado de establecer, legalmente, impuesto sucesorio y en material civil la imposición de dos restricciones como lo son el derecho de alimentos en beneficio de algunos parientes cercanos y la prohibición de las sustituciones de fideicomisos.

Se consideran como defensores de este sistema, entre otros a: los Doctores Ricardo J. Alfaro, Harmonio Arias M., Julio J. Fábrega, Luis Carlos Soler, Jacinto Espinosa, etc.

El principio de libertad absoluta de testar, en la legislación panameña está limitado por los derechos que le corresponden a los hijos y al cónyuges. Al respecto el artículo 778 c.c. dice: “Toda persona hábil puede disponer por testamento libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurado los alimentos de los hijos que tengan derecho a ellos de acuerdo con la ley, durante el tiempo a que se refiere el Artículo 233 de la presente Ley y los de sus padres, los de su consorte e hijos inválidos, mientras los necesiten.

Si el testador omite cumplir esta obligación de alimentos, el heredero no recibirá de los bienes sino lo que sobre, después de darse al alimentista, previa estimación de peritos, lo bastante para asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte tuviesen al morir el testador, bienes bastantes, no está obligado éste a dejarles alimentos.”

Este Artículo fue Modificado por el Artículo 4 de la Ley N° 107 de 8 de octubre de 1973, publicada en la Gaceta Oficial N° 17.457 de 23 de octubre de 1973.

9.1.2. DERECHO DE ALIMENTOS

Para el código de la familia, el concepto de alimento se refiere a:” todo lo indispensable según la posición social de la familia”, y establece que la cuantía se da de manera proporcional a la herencia y por circunstancias, de hecho, que determina la juez.

Este tipo de libertad absoluta de testar se aplica, igualmente, en la Sucesión Testamentaria como en la Legal.

En relación con el Sistema de libertad relativa éste es el que establece que la potestad de disponer de los bienes por testamento es limitado por un interés público, cual es la protección de la familia, en especial de los hijos, ya que dicho poder no ha de ejercitarse en completa libertad perjudicando a ciertos parientes cercanos sobrevivientes del disponente.

Aunque dicha ley no es del todo inflexible, porque los favorecidos pueden ser privados, por la desheredación. De allí que, al respecto, la profesora Esmeralda A. de Troitiño señala que para tal efecto se plantean limitaciones legales, desde el punto de vista cuantitativo, como, por ejemplo:

A. Separa el patrimonio en dos porciones:

- I. No puede disponer de la mitad de los bienes, ésta es llamada Legítima o de reserva, ejemplo: una porción conyugal para el cónyuge que sobrevive o los hijos.

II. Dispone libremente de la otra mitad.

B. Separa en tres partes los bienes:

I. 1/3 para los legítimos, sólo a los hijos.

II. 1/3 mejoras, cualquiera de los herederos forzosos (hijos).

III. 1/3 libre disposición.

Refiriéndose a la Libertad de Testar, el Código Civil Panameño plantea que toda persona hábil puede disponer de sus bienes, toda vez que asegure los alimentos de aquellos hijos que tengan tal derecho.

Al respecto el Código de la Familia establece la Ley de Pensión Alimenticia, recalcando que la misma es extensiva hasta tanto así se requiera; en el artículo 386, el cual en grado de importancia señala lo que sigue:

“Artículo 386-Código de la Familia: la obligación de suministrar alimentos se transmite con la muerte del obligado, en los casos y condiciones señaladas en el Título III del Libro III del Código Civil”

Igualmente se resalta que uno de los principios fundamentales que rige la Ley 42 de 7 de agosto de 2013 “Ley General de Pensión Alimenticia”, es el “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes”, lo que se encuentra establecido en los artículos 4 y 5 de esta ley.

Ante tales criterios, es imprescindible destacar que la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o en caso de nombramiento de legatario, la misma se considerará como no escrita, siempre y cuando el testamento señale que el testador no habría hecho dicha institución o legado en cuanto se percatara de la falsedad de la causa.

9.2. EL TESTAMENTO

9.2.1. GENERALIDADES

En el Capítulo V de nuestro código civil se encuentra regulado el Testamento, este se define de la siguiente manera como el “acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos”, artículo 699 de código civil.

9.2.2. ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

En un principio en Roma no era admitida la sucesión testamentaria con la finalidad de mantener el orden familiar del causante. El derecho testamentario aparece en la Ley de las XII Tablas, y desde esa época hasta nuestro días el derecho de testar ha sido admitido en todas la legislaciones modernas.

La muerte en general no pasaba inadvertida, en el imperio romano y a lo largo de la historia ha dejado huella entre los vivos; los entierros romanos tenían naturaleza pública, eran pensados y meditados previamente.

Un romano dependiendo de su clase moría con muchos honores, eran ciudadanos, con estatus reconocidos, por ello cada uno de ellos fueran esclavos o aristócratas, dejaba como legado un testamento.

Los testamentos eran entregados mediante rollos a las vestales, y éstas los colocaban en cuadrículas o estanterías donde eran clasificados previamente, los vestales eran los encargados de custodiarlos y entregarlos cuando eran requeridos.

Después del fallecimiento, el testamento era leído en un acto público y popular, dependiendo del status del fallecido; en el testamento se dejaba constancia del legado material otorgado, también el de-cujus dejaba opiniones personales

sobre amigos, allegados, parientes, e incluso del mismísimo César, en donde hacía público su malestar o alegría sobre ellos.

Un ciudadano romano de bien dejaba la herencia repartida entre su familia, amigos, y una parte a sus esclavos que podían ser cantidades de dinero o bienes. También se testaba sobre la manumisión el señor liberaba al esclavo que le había servido fielmente durante años. Igualmente se nombraban personas alternativas, que eran los encargados de recibir una parte de la herencia si alguno de los beneficiarios renunciaba a la herencia del difunto. Comenzaban los cimientos de instituciones como la sustitución y la representación.

El entierro de un romano constituye un acto participativo, en donde prácticamente todos los ciudadanos romanos participaban, el difunto era trasladado por las calles de la urbe, acompañado de grandes comitivas, y por la familia y además personal pagado, ello demostraba que el difunto fue una persona reconocida y querida; también era una costumbre la realización de grandes discursos por parte de algún miembro destacado, con la finalidad de dejar patente la influencia del fallecido y las aptitudes de éste con su entorno familiar y social. Los romanos tenían la costumbre de ir a los cementerios a leer los epitafios de sus conciudadanos difuntos; porque así es la vida romana, todo de cara a la galería, todo para dejar constancia del paso por la vida.

Los arqueólogos han hallado cerca de 100.000 epitafios, destaco por ejemplo este en el que se puede leer:

9.2.2.1. EDAD MEDIA

Para el hombre medieval, el testamento se convierte, en un pasaporte para la vida eterna, acompañado de una vida digna. Generalmente se testaba cuando el hombre se sentía enfermo. En la época medieval el testamento tenía la finalidad de transmitir bienes temporales, y la libertad de conciencia para llegar libre de pecado ante el juicio divino.

Para la redacción de testamento el disponente tenía que estar en plena capacidad tanto psíquica como moral. El documento era considerado un seguro de vida eterna para el testador; en él se mencionaba como fue la vida del disponente, sus grandes hazañas y buenas obras. El testamento era como una especie de pacto que se establecía entre la Iglesia y el testador, la cual cubría el ámbito natural y el sobrenatural.

En los testamentos en la época medieval, se distinguían desde el principio una dicotomía bien característica entre las donaciones terrenas y las obras espirituales; en las donaciones terrenas se pagaban deudas pendientes, se establecían donaciones a los familiares, recompensas a los amigos, retribución a los colegas profesionales y entre las espirituales se concedían limosnas de todo tipo, donaciones a las parroquias, solicitud de oraciones y, el pago establecido como un prerrequisito para que el testador entrase a la vida eterna con la mayor brevedad posible.

9.2.2.2. CONCEPTO

Etimológicamente se dice que la palabra testamento proviene de Testatio Mentis que quiere decir Testimonio de la Mente.

Para la doctrina, el testamento es el acto jurídico por el cual el testador dispone de su patrimonio, para después de su muerte dentro de los límites que le señala

la ley. El testamento también admite actos de carácter no patrimonial, como el reconocimiento de un hijo.

El testamento, es un acto jurídico solemne, toda vez que su validez está supeditada al cumplimiento de los requisitos de forma, prescritos por ley. Las formalidades establecidas del testamento es el único medio para adquirir certeza de que la voluntad testamentaria no adolece de vicio alguno.

La herencia solo puede ser deferida por ley o por testamento, no existe otra forma; los códigos modernos no permiten otra posibilidad, sobre el derecho de herencia está prohibido cualquier otro tipo de contrato.

9.3. PRETERICIÓN

En las legislaciones donde existen herederos forzosos la mayor parte de la herencia le corresponde a ellos, la existencia de herederos forzosos limita la voluntad del testador y solo pueden disponer de la parte que la ley les permite. Si un disponente no se adhiere a los postulados legales excluyendo a los herederos forzosos a estos le da la ley la acción de preterición de herencia para revocar el testamento en la cuota legítima que por ley les corresponde.

En cuanto al testamento, el derecho positivo nos dice que es el acto jurídico unilateral por el que una persona, el testador, declara sus últimas voluntades y dispone de sus bienes para después de su muerte.

“La palabra “testamento” proviene de las acepciones latinas testatio mentis, que quiere decir testamento de la voluntad. O testimonio de la mente. Según el Código Civil Colombiano, en el artículo 1055, expresa que “El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la

facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva”. (SUÁREZ, F. 203, pág. 165).

Cabanellas dice que Testamento es la declaración de voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones, reconocimientos filiales, nombramientos de tutores, revelaciones o confesiones, disposiciones funerarias. Acto en que tal manifestación se formula. Documento donde consta legalmente la voluntad del testador.

El testamento es una manifestación de voluntad encaminada a producir determinados efectos jurídicos. Sin embargo, para que tal manifestación sea plenamente válida y eficaz ante el derecho, es necesario que se cumpla con ciertas formalidades,

Para la doctrina el testamento es un acto jurídico traslativo, solemne, fundamentado en la voluntad del causante; como declaración de voluntad debe presentar requisitos propios de dicha naturaleza; y como un acto solemne ha de cumplir con las formalidades establecidas por el legislador para hacerlo eficaz ante el derecho.

Ahora bien, sobre los requisitos de fondo y de forma en el testamento se puntualiza que, los de fondo requieren las condiciones legales que guardan relación con la persona del testador, es decir su voluntad. Por su parte, los de forma hacen referencia al aspecto externo del acto testamentario, con el propósito de proteger su autenticidad, con tal de que sus disposiciones reflejen la voluntad interior del disponente.

El testamento como acto jurídico solemne pudiera ser criticado por contener vicios tanto de forma como de fondo, por tanto, como manifestación de la

voluntad en vías de generar efectos jurídicos, se señala que es obvio que dicho testamento debe otorgarse por completo con los requisitos correspondientes a todo acto de esta naturaleza. De allí que éste debe concretarse a aquellas formalidades que la ley señala, ya que omitirlas comprendería la invalidez del acto.

Las solemnidades testamentarias tienen por objeto garantizar la libertad del testador de expresar su voluntad. En el artículo 719 del Código Civil Panameño, establece que “serán nulos los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este título, por consiguiente, son consideradas actos de nulidad absoluta; es así que en artículo 707 se establece que “El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”.

La sucesión voluntaria trata directamente de la voluntad del causante que hace uso del *Ius Disponendi* por medio de un Testamento por medio del cual trasmite sus relaciones jurídicas y dispone de sus bienes, y esta prevalece sobre la sucesión legal, por tanto, primero se atenderá la voluntad manifestada en el testamento como título válido, que se fundamenta en el “*Ius Disponendi*” como elemento individual sobre el derecho de propiedad particular (del causante), que no es otra cosa que la facultad que le asiste para disponer de sus bienes.

La Sucesión legal es aquella que establece la ley y es de carácter supletorio.

La Sucesión mixta es compatible con las dos, tanto con la voluntaria como con la legal y se puede heredar, en parte por la legal y en parte voluntaria.

9.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO

“El testamento es un acto jurídico por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.”

Es importante destacar que el fundamento real de la sucesión testamentaria es la conjunción de dos actos unilaterales: el testamento y la aceptación.

9.5. CLASIFICACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

El legislador reconoce diversas formas o maneras de otorgar testamento, Los testamentos en materia civil se clasifican en dos grupos; ordinarios o comunes y especial.

Por las solemnidades se distinguen los testamentos comunes u ordinarios, de los testamentos especiales o extraordinarios. Los comunes u ordinarios son los que se pueden hacer en situaciones normales u ordinarias, y deben observarse las solemnidades generales determinadas por la ley. Entre los testamentos comunes u ordinarios tenemos el ológrafo, el abierto o Cerrado, Art. 708 c.c.p., las formalidades en cada uno de estos testamentos es diferente, el testamento abierto o cerrado requieren de un Notario y de testigos; y el Ológrafo no necesita de la presencia del notario ni de testigos, este debe presentarse ante el Juez del Circuito del último domicilio del testador, en un periodo de 5 años luego del fallecimiento del causante.

Sobre los testamentos especiales o extraordinarios se afirma que son los que por ciertas circunstancias especiales y en atención a éstas, ameritan menos solemnidades señalándose que en situaciones ordinarias este testamento no es eficaz.

Cabe destacar que ante la posición de juristas, sobre el testamento, La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 6 de agosto de 2010,², hace referencia a la reglas de interpretación de las disposiciones testamentarias, lo cual expresa como sigue a continuación:

“1. Interpretación del testamento. Sobre interpretación de disposiciones testamentarias concretas contiene el Código algunos artículos (los ya vistos 747, 749, 751, etc.) y a ellos hay que atenerse a tales casos en particular, que son tratados cada uno en el lugar donde se examina la figura a la que se refieren.

Mas en general (y englobado también esos casos, salvo por lo que a aquellos preceptos concretos atañe), para la interpretación testamentaria, casi bastaría simplemente con remitir a lo ya estudiado en la Parte general sobre interpretación de los negocios jurídicos. No obstante, considero preferible referirme aquí a ciertos extremos del tema:

2. Debe prevalecer la interpretación subjetiva. Con la opinión común de jurisprudencia y doctrina, considero que en la interpretación del testamento ha de prosperar el criterio subjetivista, consistente en que, mientras que sea posible, debe de atribuirse a la declaración el sentido que presumiblemente le dio el testador.

3. Para la búsqueda del espíritu de la declaración testamentaria puede utilizarse cualquier elemento o dato esclarecedor, está dentro o fuera del testamento. Para buscar el verdadero espíritu que encierra la declaración testamentaria es posible recurrir no sólo a lo que en el testamento se diga, sino a cualquiera elementos y

² Hilda Antonia Piza Blondet Recurre. En Casación del Proceso de Sucesión Testada de Wilson Charles Lucom (Q.E.P.D.) Presentada Por Richard Sam Lehman – Ponente Oidén Ortega Durán.

datos no contenidos en él, con tal de que el sentido así hallado quepa entenderlo expresado en la declaración de voluntad encerrada en el testamento.

Esto es así porque tratándose de un negocio solemne, sólo vale, para ser objeto de interpretación lo declarado guardado la forma esencial exigida. Pero eso es una cosa y otra distinta es que para la averiguación del sentido que la declaración formal encierre, se pueda acudir como se puede a datos que lo iluminen, aunque sean extra-testamentarios.

4. La voluntad que se busca averiguar es la que el otorgante tenía al testar. La voluntad que se busca, es decir, el espíritu que se persigue encontrar, es el que el testador quiso encerrar cuando testó en la declaración que entonces hizo.

No se trata, pues, de que se intente saber lo que el difunto quería cuando murió, sino lo que era su propósito cuando otorgó el testamento.

5. integración de la voluntad del testador. En principio, a lo no regulado en el testamento, se le aplica la regulación legal supletoria. Pero como lo que haya dispuesto el difunto puede no contener toda la regulación necesaria al caso, y, sin embargo, implicar la exclusión de la regulación legal que correspondería al resto, será preciso resolver con todo cuidado en cada supuesto que se plantee, si a lo dejado en blanco le es adecuada la regulación legal que sea, o, diferentemente, una regulación distinta, coherente con la ordenada por el causante en los extremos que sí tocó. Cuando se dé este caso, la interpretación del testamento se extiende, no sólo a buscar el sentido de lo que el testador ordenó, sino a buscar también cuál es su presumible voluntad (coherente con la que expresó) para el extremo que dejó huérfano de regulación explícita. Este se puede llamarse integración de la voluntad testamentaria.

6. *Precepto general del Código para la interpretación del testamento. El artículo 675, 1º, del Código dice: “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”.*

Este precepto creo que presta apoyo a todo lo que he afirmado en los números anteriores sobre la interpretación del testamento. En él se ve claro que el sentido que debe darse a la declaración testamentaria es el que hubiese querido expresar en ella el testador, siempre que quepa en el tenor del testamento, y siendo de presumir, salvo que aparezca con claridad otra cosa, que la voluntad del testador es la que corresponde al significado literal de lo que dijo. “(ALBADALEJO, Manuel, “Curso de Derecho Civil” Español, Tomo V, Derecho de Sucesiones, Librería Bosch-Ronda Universitaria, 11, Barcelona, España, 1982, páginas 343 – 346).

En cuanto a las clases de testamentos, además se presenta una síntesis histórica sobre éstos, por considerarlo importante, pues se evidencia que los mismos surgieron en Roma, con el testamento comicial (callatis, Comittis), el cual se otorgaba ante la comitia calata y en presencia de los pontífices; más tarde aparece el testamentum in procinctu como especie antigua de testamento militar que podía darse por miembros del ejército que iban al combate; luego se permite el testamento por mancipación, como forma testamentaria para reemplazar aquellas dificultades que se presentaban al otorgar el testamento comicial, el cual consistía en un testamento con las formalidades de la mancipatio, con el que el testador vendía los bienes a un amigo por un precio ficticio, para que luego se entregara a quien él designaba; al final surge el

testamentum per aes et libram para reemplazar a aquellos que habían caído en desuso y en cuyo caso se presentaba como un testamento con las formalidades del bronce y la balanza en el que el testador fingía vender al verdadero heredero (verus heres) de los bienes que había de dejarte, lo cual se hizo costumbre hasta elevado a escrito y con sello para otorgarlo frente a testigo.

9.6. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

Según el Artículo 1055 del Código Civil Colombiano, citado para indicar el significado de la palabra “testamento”, se pueden identificar ciertas características que describen el testamento a saber:

Es un acto jurídico, por cuanto contiene una manifestación expresa de la voluntad del testador, que produzca ciertos efectos legales para distribuir sus bienes luego del fallecido.

Es un acto unilateral, significa que para que el testamento sea viable, desde el punto de vista jurídico, solo basta con la voluntad del testador, conforme lo expresa la ley, siempre y cuando se ajuste a la forma solemne prevista en la ley.

Es un acto de una sola persona, esto plantea un doble significado; por un lado y según el artículo 1059 de este Código Civil,” serán nulas todas las disposiciones contempladas en el testamento otorgado por dos o más personas a un mismo tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona”; siendo así, pues, que se resalte la no existencia de testamentos mancomunados.

La segunda significación señala que se prohíben los testamentos de hermandad o conjuntos, sean aquellos en que dos personas de manera simultánea acuerdan

dar el beneficio a una tercera con la totalidad o parte de sus bienes, de tal modo que dicha disposición sea efectiva después de sus días.

Es personal e indelegable: Se refiere a que el causante o testador ha de otorgar el testamento de manera directa y personal, de allí que se norme de indelegable, que no se puede delegar y además, no puede valerse de procurador, de delegado o de un intermediario para testar; por tanto el artículo 1160 del C.CC, dice: “La facultad de testar es indelegable”.

A este respecto, agrega la Corte de Colombia “Si en realidad la facultad de testar es indelegable, por ser el testamento un acto o una manifestación personal de la voluntad del testador, ello no impide que en ocasiones aquel pueda inquirir de terceros, sobre todo juristas, consejos sobre la forma de ajustar sus disposiciones testamentaria de acuerdo a la ley, ya que ésta autoriza para presentar por escrito el testamento abierto al tiempo de otorgarse

Es un acto más o menos solemne: se dice que por el hecho de que el testamento sea solemne o más o menos solemne, no depende de la voluntad del testador, sino de las circunstancias en que éste se encuentre al momento de testar, es lo que determina que el testamento sea ordinario o privilegiado.

Es un acto de disposición de bienes: es ésta la finalidad principal y primera del testamento, es esencialmente para ello la disposición de bienes. Sin embargo, no se trata de un acto para nombrar albacea partidor, incluso para reconocer hijos extramatrimoniales.

Es un acto de disposición de bienes por cuanto es ese su objeto, pero al no referirse a disposición de bienes, el acto no constituye un testamento.

Es un acto esencialmente revocable: En el artículo 1057 del Código Civil Colombiano se destaca que esta característica plantea una gran realidad, se trata de que la carta testamentaria contenga la última voluntad del testador.

Ahora bien, se señala que esta característica aparece plasmada en el artículo 1055, mismo que contiene la definición del testamento, y explícita en el artículo 1057, ya referido, del mismo código civil, según el cual “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, pese a que el testador manifieste en el testamento la determinación de no revocarlas.

9.7. CLASES DE TESTAMENTOS ACEPTADOS EN PANAMÁ

El Código Civil Panameño, Art. 708, manifiesta que el testamento puede ser común o especial; el común puede ser ológrafo, abierto o cerrado y el especial, Art. 709, es el testamento marítimo y el testamento militar, y el testamento hecho en país extranjero.

9.7.1. TESTAMENTO OLÓGRAFO (ART. 710)

Con relación a éste, es importante resaltar el sentido etimológico de la palabra “ológrafo” la cual se deriva de los vocablos griegos “olos” que significa entero y graphos que quiere decir escribir, es decir que etimológicamente la palabra ológrafo significa “lo escrito enteramente” el cual debe estar escrito y firmado por el testador “de su puño y letra”, y es necesaria la capacidad para actuar, ser mayor de edad. La forma y los requisitos de este tipo de testamentos están regulados en los artículos del 720 al 725 del Código Civil panameño.

El testamento ológrafo es aquel escrito de puño y letra del testador. Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados ante la autoridad competente que disponga la legislación del país.

El testamento ológrafo para que tenga validez en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo convierte de ineficaz al derecho.

Este tipo de testamento no necesita de testigo ni de notario, en este tipo de testamento como en todos los otros, va inmersa la voluntad testamentaria. No exige solemnidades, pero del contexto del acto debe resaltar la voluntad inequívoca de testar.

Constituye la manera más simple de testar, como ya se mencionó, ya que el otorgante puede redactarlo en el momento que lo estime más pertinente, y sus previsiones permanecen en secreto. Puede ser redactado en cualquier idioma. De acuerdo a los artículos 3639 y 3640, no debe haber intervención de extraños en el acto.

A la vez se plantean algunas ventajas e inconvenientes del testamento ológrafo; entre las principales se citan algunas ventajas:

- I. Constituye la forma más sencilla y simple de testar, en las que las solemnidades se reducen al mínimo.
- II. Basta para otorgarlo saber escribir y ser mayor de edad.
- III. Pueden otorgarlo los extranjeros y los nacionales, aunque se encuentre en otro país que no admita esta forma de testamento, según lo establece el artículo 770 del Código Civil, que manifiesta: “Valdrá en la República de Panamá el testamento otorgado fuera del territorio nacional con sujeción

a las reglas establecidas por las leyes del país en que se otorgue. Valdrá así mismo el testamento ológrafo otorgado aún en los países cuyas leyes no admitan esas disposiciones.

Otorgarlo no supone gastos para el testador y; además, garantiza el secreto de dicho otorgamiento y de su contenido.

Entre los inconvenientes se encuentran, por ejemplo:

- I. El testamento ológrafo no puede ser otorgado por menores de edad, por personas que no sepan o no puedan escribir.
- II. La posibilidad de falsificación, está supeditada a ser impugnada, tal como lo establece el artículo 725 del Código Civil.
- III. Peligro de destrucción, pérdida o sustracción de este documento, del que no existe garantía de intervención pública o privada que avale el otorgamiento y su conservación.
- IV. Tiene plazo de caducidad, cinco años, según lo establece el Artículo 722 del Código Civil.

9.7.2. TESTAMENTO ABIERTO

Guillermo Cardona Hernández y Roberto Suárez Franco, en sus obras sobre Tratado y Derecho de Sucesiones, en las páginas 146 y 182, en su orden respectivo, coinciden en que el Testamento Abierto, denominado también “nuncupativo” o “público” “es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al Notario cuando ocurre”, según los términos del inciso 3° del artículo 1064 del Código Civil Colombiano.

Es más, también se señala que el testamento abierto puede ser: Principal, cuando se otorga ante Notario y tres testigos; y ser supletorio o subsidiario

cuando éste se efectúa sólo ante cinco testigos. Sin embargo, tanto en uno como en el otro caso, es común que quienes participan de dicho otorgamiento han de ser las mismas personas, ya que “el testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario, si lo hubiese, y por unos mismos testigos” (Hernández Cardona, 2004, Pág., 204).

Según la explicación que se encuentra en el artículo 1072 del Código Civil Colombiano; de allí que la Corte ha nominado o llamado “Indivisibilidad” del acto testamentario.

A este respecto, la Profesora Esmeralda Arosemena de Troitiño en su “Manual de Derecho Sucesoral Panameño”, en la página 121 señala que éste “es un Testamento común y formal, en el cual el testador manifiesta claramente su última voluntad de forma pública, ante un Notario y los testigos, según corresponde en cada caso, lo esencial en este Testamento es esa declaración de voluntad en presencia de tales personas que lo conocen y validan dando fe de su disposición testamentaria”.

Sobre este evento, Carrillo, Rogerio de María en sus apuntes sobre Derecho de Sucesiones en la página 102, plantea que el Testamento Abierto es la segunda de las formas de los testamentos comunes u ordinarios del artículo 708 del Código Civil Panameño; siendo que el artículo 711 del Código Civil lo define legalmente de la siguiente manera:

“Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enterados de lo que en él se dispone”.

Además, el mismo autor comenta que de dicha definición la doctrina infiere como características del testamento abierto, las siguientes:

La intervención de personas distintas del testador, como el Notario y los testigos, es uno de los aspectos que lo diferencia del testamento ológrafo.

El conocimiento de las disposiciones testamentarias, por el Notario y los testigos, aunque el testador no las exprese en forma oral, sino por escrito, igual han de ser leídas por el Notario ante los testigos, elemento que lo distingue, en este caso, del testamento cerrado.

La redacción del testamento por el Notario, según haya sido manifestado por el testador, ya en forma oral o por escrito, es la nota diferente de los testamentos ológrafos y cerrados, al mismo tiempo.

De tal modo que se resalta que el testamento abierto es la forma testamentaria más utilizada por los interesados para señalar el destino de la titularidad de sus relaciones jurídicas posterior a la muerte.

Características del testamento abierto

- I. Lleva consigo el asesoramiento técnico de un profesional del derecho, para que al menos se pueda evitar que las disposiciones sean contrarias a la ley.
- II. Goza de la misma fuerza probatoria que los demás instrumentos públicos.
- III. Garantiza la sinceridad y fiel expresión del acto volitivo.
- IV. Garantiza la conservación del documento.
- V. Impide que se oculte de manera intencional el documento, para que proceda la sucesión intestada, debido a la supuesta falta del mismo.

9.7.3. TESTAMENTO CERRADO O SECRETO

El testamento cerrado es el que el testador presenta ante el notario en pliego cerrado, en presencia de testigos, manifestando que el documento que está presentado contiene su testamento, redactándose en su cubierta un acta que hace constar esa expresión. Este tipo de documento constituye un instrumento público. Es también llamado en la doctrina místico, es un documento secreto ya que la voluntad del testador se encierra bajo la cubierta que ha de abrirse a su muerte.

Con respecto a la capacidad para otorgar el testamento cerrado, existen ciertas limitaciones. Es necesario que el testador sepa leer y que tenga la plena seguridad de que el contenido del pliego constituye su genuina voluntad.

El sordo tiene capacidad para otorgar testamento cerrado, igualmente el ciego, siempre y cuando lea y se redacte en escritura Braille. Los mudos, que sepan escribir, aunque no pueda hablar, tienen capacidad para otorgar testamento cerrado.

El pliego interior del testamento cerrado o secreto, debe contener la firma del disponente. El escrito puede no ser de su puño y letra.

El acta que se extiende sobre la cubierta del sobre o pliego, deberá ser firmado por el testador y por todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí.

El testamento cerrado puede quedar en poder del notario o del testador. En el caso de que el testador dejase en depósito o custodia el testamento en poder del notario, éste está obligado cuando muera el testador, a ponerlo en noticias

de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión pudiese ocasionar.

El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que este documento debe contener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo él escrito y firmado por el testador.

El testamento cerrado es la tercera forma de testamentos comunes u ordinarios que cita el artículo 708; y ofrece la ventaja de mantener en secreto, hasta después de la muerte del testador, las disposiciones de la última voluntad del causante. Por tanto, se recalca que esta forma de testar es exclusiva de quienes saben leer y escribir.

La profesora Arosemena de Troitiño citando el Artículo 712 del Código Civil, plantea que el Testamento Cerrado “es un testamento en el cual el testador hace su disposición ante Notario y testigos, es un documento privado y sin revelar su última voluntad, lo guarda en sobre cerrado y sellado por el notario para que sea abierto luego de ocurrir su fallecimiento”. Este testamento se caracteriza por las solemnidades que la ley exige y están establecidas en los artículos del 738 al 747 del Código Civil Panameño.

Al respecto, Rogerio de María Carrillo destaca que “El testamento es cerrado dice el artículo 712 – cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto”.

“El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de garantizar el acto. “ (Artículo 712 c.c.p.).

En cuanto a esta forma de testar Roberto Suárez Franco nos dice que, el testamento cerrado denominado también “secreto”, “es aquel en que no se exige que los testigos y el notario tengan conocimiento de las disposiciones contenidas en él; el causante pretende que sus disposiciones se den a conocer después de su muerte”.

De acuerdo con el artículo 1078 del Código Civil Colombiano, el testamento cerrado deberá otorgarse ante notario y cinco testigos; en lo que, como se puede observar, coinciden el articulado de Códigos Civiles; pues también se indica que este testamento por querer del que otorga y del modo previsto por la ley, se ha decidido que debe permanecer en secreto en tanto no ocurra la muerte del testador y no sea abierto por el funcionario autorizado para tal efecto.

9.7.3.1. SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO CERRADO (Art. 739 c.c.p.)

1. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquel, sin romper ésta;
2. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el notario que haya de autorizarlo, y tres testigos idóneos, de los cuales dos, al menos, han de poder firmar;
3. En presencia del Notario y los testigos, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena, y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona;
4. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está

cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador, o de haberse identificado a su persona en la forma prevenida en los Artículos 717 y 718, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento;

5. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el notario con su sello y firma.

Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo a su nombre uno de los testigos instrumentales, u otra persona designada por aquél;

6. También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Artículo 740. c.c. panameño, no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

9.7.4. TESTAMENTOS ESPECIALES.

Entre las clases de testamentos aceptados en Panamá se encuentran los testamentos especiales, como el Militar, el marítimo y el que se hace en un país extranjero, los cuales están contenidos en el Código Civil Panameño en el Artículo 709.

Estos testamentos especiales o privilegiados, como también se les conoce, son los que la ley permite que ciertas personas puedan hacer uso en ciertas circunstancias en las cuales se hace difícil utilizar las formas ordinarias.

Algunos de los elementos característicos de este tipo de testamentos son, por ejemplo:

I. Que están establecidos taxativamente en la ley.

- II. Que requieren de formalidades simplificadas, que difieran de las formalidades ordinarias.
- III. Que tienen eficacia provisional, es decir que una vez transcurrido cierto tiempo, pierden valor, si el testador aún vive.

Se indica que estos testamentos se han inspirado en el principio de ofrecer al causante un mecanismo que le facilite expresar su última voluntad.

Al respecto se plantean reglas comunes a estos testamentos, por lo que Roberto Suárez Franco sostiene que los testamentos menos solemnes o privilegiados son aquellos respecto de los cuales el legislador simplifica las formalidades que la ley ordinariamente exige para los testamentos solemnes, por otorgarse en circunstancias especiales o anormales”; de acuerdo con lo que se establece en el artículo 1064 del Código Civil Colombiano, según el cual son aquellos en que pueden omitirse solemnidades, considerando ciertas circunstancias particulares y determinadas de manera expresa por la ley.

Por su parte, Guillermo Cardona H. destaca que los testamentos privilegiados son los menos solemnes, sin que ello signifique que la ley los exonere de solemnidades; por lo que señala éste que no basta que conste en ellos genuinamente la voluntad del disponente, sino que deben reunir ciertas formas simples que les son esenciales.

9.7.5. EL TESTAMENTO MARÍTIMO

Con relación a esta forma de testamento, en los artículos del 754 al 764 del Código Civil Panameño se detallan las características y formalidades del Testador Marítimo, el cual se otorga estando el testador en alta mar, ya sea a bordo de un buque de guerra o de marina mercante.

Es importante señalar que en cuanto a este tipo de testamento se le aducen algunas características, a saber:

Debe otorgarse durante un viaje por mar: a este respecto hay autores a favor como Espín, Lacruz, Osorio, Morales, etc., igual los hay en contra como es el caso de Sánchez Román, De Buen, Bonet Ramón, etc.

El disponente debe ir a bordo de un buque de guerra o mercante.

Lo pueden otorgar personas autorizadas por la ley, es decir toda persona que se encuentre a bordo, sean nacionales o extranjeros. Los testamentos marítimos, al igual que el testamento militar, puede ser de dos clases: marítimo ordinario y marítimo extraordinario. Se resalta, pues, que el testamento marítimo es aquel que se otorga cuando el testador se encuentra en alta mar, a bordo de un buque, sea éste de guerra o marina mercante, según E. Arosemena de Troitiño.

También se establece, respecto de esta forma de testar, a nivel de Código Civil, Colombiano, en el artículo 1105 que además de otorgarse a bordo de un buque, colombiano de guerra en alta mar, en este caso, “Será recibido por el comandante o por su segundo a presencia de tres testigos”

“Si el testador no supiere o no pudiese firmar se expresará esta circunstancia en el testamento”.

“Se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original”, de acuerdo con los planteamientos que presenta Suárez Franco en su obra.

Por su parte Cardona Hernández, sobre el mismo evento, agrega que “cuando se trata de buque de guerra se puede testar en forma abierta (art.1105)

o cerrada (art.1111) ante el comandante (o su segundo) y tres testigos”. Señala además que “también en buque de guerra se puede testar verbalmente, si se dan las condiciones, pero antes de la remisión para la protocolización como el evento precedente, el comandante (o su segundo) debe recibir las declaraciones de los testigos presenciales e instrumentales del testamento verbal” (art.1100).

Aclara este autor que cuando se trata de un buque mercante bajo bandera colombiana, solamente se puede testar en forma pública ante el capitán (o su segundo) y tres testigos en la forma antes anotada (art. 1112 C.C. y 1499 de la Constitución de Colombia).

En lo que se refiere al testamento marítimo ordinario que puede ser otorgado en forma abierta o cerrada, está en el artículo 754, párrafo 2°, del Código Civil panameño, y sobre el testamento marítimo extraordinario se señala que puede otorgarse verbalmente, y en presencia de dos testigos de entre los pasajeros y tripulantes si se diera peligro de naufragio (art. 763).

9.7.6. TESTAMENTO MILITAR

Según Esmeralda A. de Troitiño, “es aquel que se otorga cuando el testador se encuentra en campaña militar, es decir en tiempo de guerra.

Así mismo pueden realizarlo los prisioneros de guerra y los agentes de la Policía Nacional si se encuentran en tales situaciones. Este testamento tiene en su modalidad de abierto presentarlo verbal ante dos testigos, en el caso de que el testador se encuentre en “todo peligro próximo de acción de guerra”. Los requisitos señalados de abierto o cerrado, en los artículos del 748 al 753, indican que se pueden aplicar en la forma cerrada, según las circunstancias:

Sobre el mismo punto y conforme al artículo 1098 del Código Civil Colombiano establece: “En tiempo de guerra, el testamento de los militares y de los demás individuos empleados en un cuerpo de tropas del territorio o de la república y asimismo de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos, podrá ser recibido por un capitán, o por un oficial de grado superior al de capitán, por un intendente de ejército, comisario o auditor de guerra”, según Suárez Franco.

Como bien se puede observar el planteamiento de dicho evento en los códigos civiles, tanto en el de Panamá como en el de Colombia, hay una aparente diferencia en cuanto a los criterios de estructura literal de dos autores; pues, también Cardona Hernández sobre este contenido indica que el testamento militar podrá otorgarse en forma tal ante tres testigos a lo menos, si igual se reúnen las mismas condiciones de validez que se exigen para esta clase de testamentos, sin embargo si el auditor de guerra o quien funge como tal ha de tomar las declaraciones pertinentes de los testigos presenciales e instrumentales, y las remite, en la misma forma ya expresada para su debido protocolo, todo lo cual se encuentra establecido en los artículos: 1103, 1090, 1094 – 1095, 1102 – 1103 de dicho código, respectivamente.

9.7.7. TESTAMENTO HECHO EN UN PAÍS EXTRANJERO

el testamento hecho en un país extranjero es uno de los testamentos especiales, aceptados en Panamá, enumerados en el Artículo 709 del Código Civil.

Según como lo manifiestan Puig Brutau y Osorio Moralca, “aunque el legislador afirma que considera este testamento como especial, debido a que es hecho en

un país extranjero, no hay duda que la equiparación de éste con los testamentos especiales no tiene razón de ser. Simplemente se trata de la regulación del derecho de los nacionales de un país a expresar con eficacia su última voluntad en el exterior en diferentes formas, sin que en realidad sea una forma especial de testar”. Lo que al final se destaca es que se regula la testamentifacción de los nacionales en el extranjero.

Para Esmeralda Arosemena de Troitiño, hacer un testamento en país extranjero significa “permitir que los panameños que se encuentren fuera del territorio nacional y posean bienes en Panamá, puedan sujetarse a las formalidades de la ley civil panameña al hacer su testamento.

Las disposiciones legales para el testamento hecho en país extranjero están establecidas en los artículos del 765 al 770 del Código Civil nuestro.

Ahora, también se indica que existen dos formas con las cuales los panameños pueden otorgar testamento en país extranjero y son: con arreglo a ley del lugar o con observancia de la ley panameña.

Se mencionan otros testamentos a los que se les cataloga de especial por sus modalidades o por la singularidad de los mismos, que los diferencian de los comunes en general, aunque estén regulados como tales, porque se ajustan al abierto o al cerrado; entre éstos se citan, por ejemplo:

- I. El del demente en estado lúcido (art. 697) es el que se otorga cuando éste pretende hacer el testamento en un momento de lucidez, lo cual debe hacerse ante dos facultativos designados por un notario, para que éstos reconozcan el estado de lucidez del demente; testamento que no será

otorgado hasta tanto los facultativos presenten su dictamen en dicho documento, aparte de los testigos que también deben dar fe.

- II. El de en lengua extranjera (art.716) éste requiere de dos intérpretes que serán elegidos por el testador para traducir su disposición al idioma castellano que además se considere su confiabilidad.
- III. El del sordo – abierto / ológrafo (art.729): En este caso, debe leerlo por sí mismo; en el caso de que no sepa o no pueda leerlo deberá, el testador, designar a dos personas que lo lean a su nombre y ante testigos y el notario.
- IV. El del Ciego – abierto (art. 730): en el caso de que el testador sea ciego, se dará lectura del testamento por dos veces, por el notario según el art. 727, y por un testigo designado por el testador.
- V. El del inminente peligro de muerte – abierto (art. 732): si el testador estuviese en inminente peligro de muerte, el testamento lo puede otorgar ante cinco (5) testigos idóneos.
- VI. El de un tiempo de epidemia – abierto (art. 733): en el presente caso se puede otorgar el testamento ante sólo tres testigos que sean mayores de dieciséis (16) años de edad.
- VII. El del sordomudo y el mudo – cerrado – (art.741): sobre este tipo se refieren tres casos:
- VIII. El que señala que el testamento estará escrito y firmado por el testador, con todos los datos del lugar, día, mes y año en que fue firmado.
- IX. El que indica que el testador al hacer la presentación del documento, debe escribir en presencia del notario y testigo en la parte superior de la cubierta, que aquel pliego contiene su testamento escrito y firmado por él.

- X. El que plantea que se extiende el acta de otorgamiento en el que el notario da fe de que lo previsto en la formalidad y lo que dispone el art. 739, fue cumplido fielmente.
- XI. Se destaca que, en cuanto a la norma del testamento hecho en país extranjero, la especialidad de éste en realidad radica en el funcionario ante el cual se otorga, y que en tal caso corresponde al Cónsul de Panamá en el país extranjero al cual se refiera.

9.8. REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

9.8.1. REVOCACIÓN Y CADUCIDAD

Para que la disposición testamentaria sea eficaz, es menester que el testador haya perseverado en mantener su voluntad hasta su muerte. Si la cambia, sea en cualquier modo o forma expresa o tácitamente, habrá revocación.

La revocación expresa supone el otorgamiento de un testamento posterior; la tácita, de aquellos supuestos previstos por la ley. Ejemplo, un nuevo testamento que contiene cláusulas o disposiciones incompatibles con el anterior; cancelación o destrucción del testamento ológrafo; rotura por el testador del pliego que encierra un testamento cerrado enajenación de la cosa legada, etc.

La caducidad, en cambio, se produce como resultado de circunstancias independientes de la voluntad del testador, a las cuales la ley les imputa el significado de extinguir la disposición testamentaria.

En cuanto a sus consecuencias, la revocación extingue definitivamente la disposición, y la liberalidad sólo recobrará su eficacia si existe una nueva manifestación testamentaria del causante. Contrariamente, la caducidad de la

disposición no obsta a que ésta recobre su eficacia si desaparece el motivo que determinó su extinción.

La revocación de un testamento es la declaración de voluntad del testador (expresa o tácita) por la que un testamento existente queda sin efectos en todo o en parte.

En nuestro Derecho, el testamento es un acto esencialmente revocable, independientemente de la voluntad expresa del testador de no revocarlo. No tendrán efecto las cláusulas que expresen la voluntad de no revocarlo en el futuro.

El Código Civil Panameño, es claro al manifestar que cuantas disposiciones testamentarias existan, es inminente que todas son revocables, a pesar de la voluntad expresa del testador de no revocatoria, al punto de que hemos de entender que todas las cláusulas no derogatorias se tendrán como no establecidas aun cuando así lo haya dispuesto el testador en su disposición testamentaria.

Los testamentos pueden ser revocados siempre y cuando no se haya dado cumplimiento a las solemnidades indicadas para testar, es decir que el testamento es revocable, sujeto a la voluntad del testador mientras éste viva, sin que sea válida la renuncia o restricción de este derecho. De tal modo que no se están planteando circunstancias que impidan hacer valer el acto testamentario, sino que se afirma que es el testador con plena facultad quien puede hacer variar su voluntad.

La revocación del testamento trae consigo la suspensión del legado válidamente otorgado hecho por el testador; pero la revocación exclusiva del legado no

invalida el testamento otorgado; la revocación testamentaria puede ser expresa o tácita.

Es importante, además, destacar que se prevé una terminología mal usada al indicar que el testamento puede ser invalidado por la revocación del testador, ello no es así, la revocación no invalida la disposición testamentaria, sólo invalida la cláusula revocada, ya que el testamento puede ser revocado en parte.

9.8.1.1. REVOCACIÓN EXPRESA.

La revocación expresa opera cuando el testador hace un testamento posterior a otro ya existente, por el que se deroga expresamente lo dicho en el primero.

Se mencionan algunas formas de la revocación, como, por ejemplo:

1. Revoca el testamento anterior y no hace otro.
2. Revoca sólo una parte o ciertas cláusulas testamentarias.
3. Sobre la parte revocada se dispone en otro testamento.
4. Un testamento revocado puede recobrar su eficacia si el testador revoca el otorgado posteriormente declarando de manera expresa la validez del primero.

9.8.1.2. REVOCACIÓN TÁCITA

Este tipo de revocación opera cuando se otorga un testamento posterior. El testamento anterior queda revocado por el posterior perfecto (sin defectos), si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. (art. 773 c.c..p.)

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

La revocación producirá su efecto, aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos.

Se hace parcial cuando sólo se revoca las disposiciones del testamento que sean incompatibles con el nuevo codicilo (artículo 773 c.c.p.).

Y se hace en forma total toda vez que el testador decide revocar su testamento para redactar otro posterior, tomando en cuenta que siempre el testamento último revoca al anterior, en cuyo caso el nuevo ha de ser válido o perfecto.

Un comentario al respecto que se considera referir es el que plantea Roberto Suárez Franco en su obra, cuando señala que “un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores”.

Al final se resalta que la revocación tácita es la que procede de la voluntad del causante pero deducida de lo que la ley interpreta como signo inequívoco de dicha voluntad.

9.8.1.3. REVOCACIÓN REAL O MATERIAL

Sobre esta clase de revocación se dice que es una forma especial que se ha establecido y que consiste en la presunción sobre la validez del testamento:

La presunción legal está establecida en el artículo 776 del c.c. panameño, el cual expresa: “El deterioro o destrucción material del testamento cerrado fue hecho por el testador el cual revela el propósito o su voluntad de dejarlo sin efecto”.

Ello significa que mientras el testador viva tiene toda la potestad de revocar el testamento, lo cual va a depender de su voluntad, en tanto no haya fallecido.

En cuanto a la revocación real o material se prevén ciertas situaciones que se plantean en la norma, establecidas para indicar si el testamento es o no válido, según la prevención:

Si el testamento cerrado aparece en el domicilio del testador: con la cubierta rota y los sellos quebrantados o borrados, raspados o enmendados las firmas, se presume revocado.

A pesar de los sellos borrados o raspados o firmas enmendadas, el testamento se considerará válido siempre y cuando se pueda probar, que tales desperfectos, ocurrió sin voluntad del testador o que éste se hallaba en estado de demencia. Sin embargo, si se prueba que el testamento es auténtico, el mismo es válido, pese a lo anteriormente expuesto.

Si el testamento cerrado se encontrara en poder de una tercera persona, es revocado si tiene la cubierta rota y sellos quebrantados o borrados, raspados o firmas enmendadas.

Es válido cuando se entiende que el vicio procede del tercero, es válido si se prueba que el testamento es auténtico. Si aparece con la cubierta y sellos íntegros, pero con firmas raspadas, borradas o enmendadas, es válido si se justifica que el mismo testador lo entregó en tales condiciones.

Con respecto al tema de la ineficiencia se debe destacar que ésta en relación directa con las formas especiales de los testamentos y éstos a su vez, con la caducidad, puesto que la ley les concede un tiempo de vigencia o en todo caso

les exige cumplir con ciertos requisitos o formalidades después de haber sido otorgado.

Es más, hay algunos autores que definen que en negocio jurídico es ineficaz cuando no surte los efectos requeridos, aduciendo que dicha falta no se debe a causas determinadas.

En cuanto a la caducidad de los testamentos, existen en nuestra legislación panameña ciertas causas señaladas por la ley, de forma expresa por el Código Civil, entre las que se citan:

Vencimiento del plazo

Extinción de la circunstancia

Incumplimiento con la formalidad requerida.

Entre las causas citadas se da una explicación para caso; así por ejemplo sobre el vencimiento del plazo, se refiere a los testamentos militares (art.751 c.c.c.) y marítimo (art.762, c.c.c.) en cuyos casos se indica la caducidad.

En cuanto a la extinción de la circunstancia, trata de testamentos ante peligro inminente de muerte o de epidemia, (Art.735^a c.c.c.); y cuando se trata de testamento militar (art.752, c.c.c.) y marítimo (art.763, c.c.c.).

Con respecto al caso de caducidad por incumplimiento con la formalidad requerida, igual se plantea testamentación por inminente peligro de muerte o de epidemia (Art. 735 b,c.c.c.); y al tratarse del testamento militar (art.752 a, c.c.c.).

Además, también se da la caducidad en los testamentos ordinarios, como es el caso del testamento ológrafo que según el artículo 722 c.c.c., se le señala ineficacia por dos causas:

Por no cumplir con la formalidad requerida.

Por vencimiento del plazo.

En el artículo 777 del Código Civil Panameño se establece la caducidad, que al respecto expresa:

“caducarán los testamentos, o serán ineficaces, en todo o en parte, las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este código”.

Cabe destacar, y muy importante resaltar el hecho de que se establece la caducidad como otra forma de extinción de los legados; es decir un legado caduca cuando queda sin efecto o sin haber sido revocado, lo cual ocurre debido a ciertas causas que en todo caso son ajenas a la voluntad del testador, entre las cuales se mencionan:

“La muerte, la incapacidad o la indignidad del legatario (El legado depende de la calidad intuita personas).

La muerte de legatario, condicional antes de cumplirse la condición (art.1013).

La repudiación del legado. El legatario que repudia deja sin efecto el legado. Debe recordarse que esta repudiación deja expedita la acción pauliana de los acreedores para rescindirla hasta concurrencia de sus créditos (art.1295).

Falencia de la condición suspensiva: si llega a saberse que la condición de que depende el legado no habrá de verificarse, caduca el legado (art. 1537 y 1538 del Código Civil).

La pérdida total de la cosa legada (art.1729)”

Al final hay que tener presente que por medio de la ley lo que se pretende es que el testamento sea la voluntad última del testador, procurando mantener la posibilidad de que hasta el último momento de su vida la persona tenga la oportunidad de modificarlo.

Habiendo presentado diversos criterios sobre la revocación y caducidad tienen en común, esencialmente, el dejar sin efectos un testamento, ya sea en forma total o parcial.

En cuanto a las diferencias entre revocación y caducidad, se plantea que la revocación implica una declaración de voluntad del testador, mediante la cual se deroga el testamento válidamente otorgado.

(Declaración de la manifestación de la voluntad).

Mientras que la caducidad indica que un testamento o determinada asignación testamentaria, pierde su eficacia o valor por hechos ajenos a la voluntad del testador.

9.9. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN

1. Origina la sucesión legal o intestada.
2. Sólo tiene validez la parte no revocada del testamento.
3. Si se revoca el posterior, retoma fuerza legal el anterior.

CAPÍTULO X

LOS LEGADOS

10. LEGADO

Se denomina legado o manda al acto a través del cual una persona, en su testamento, decide repartir una parte muy concreta de sus bienes a otra persona determinada. Hablamos en todo caso de bienes individuales, y no de porciones del patrimonio.

También recibe por extensión ese nombre el conjunto de bienes que son objeto del legado.

La persona que recibe un legado es denominada legatario y, normalmente, tiene menos derechos que un heredero a la hora de la administración y defensa del caudal hereditario. En caso de pleito, por ejemplo, los herederos pueden representar al patrimonio hereditario en juicio, pero no los legatarios. Otra limitación del legatario es que no tiene derecho a acrecer. La institución legado es diferente a la institución de herederos, en el legado el legatario obtiene [bienes](#) determinados, [servicios](#) o [prestaciones](#) individualizada; en [cambio](#) el heredero, obtiene un [patrimonio](#) o una parte alícuota de este. La doctrina es coincidente en

el hecho de que si no hay disposiciones especiales, los legatarios se regirán, por las mismas [normas](#) de los herederos.

10.1. DERECHOS DE LOS LEGATARIOS

a). Derecho a probar que el testador conocía que la cosa legada era ajena.

Art.821 c.c.p-

b). Si el legatario es también heredero puede renunciar a la herencia y recibir el legado o renunciar al legado y recibir la herencia. Art. 850 c.c.p.

c). recibir el bien legado con todos sus accesorios, salvo que el testador expresamente dispusiere lo contrario Art. 827 c.c.p.

d). A exigir que se le entregue el legado desde la muerte del testador, y es transmisible a sus herederos. Art. 851 c.c.p.

e). A retener la totalidad de la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible, cuando esta no pueda ser objeto de división. Art. 852 C.C.P.

10.3. OBLIGACIONES DEL HEREDERO FRENTE AL LEGATARIO

a) Reivindicar el bien legado y hacer la respectiva entrega o en su defecto pagar el equivalente del bien, o entregar otro bien si ello es así aceptado por el legatario.

b) A entregar el legado gravado. Art. 819 C.C.P.

c) Al saneamiento del legado en caso de evicción.

d) A adquirir la cosa ajena legada y entregarla al legatario, y no siendo ello posible, a dar a este su justa estimación. Art. 821 C.C.P

e) Entregar la cosa legada con todos sus accesorios, salvo que el testador expresamente dispusiere lo contrario, en la forma en que se halle. Art. 843 C.C.P.

f) Entregar la misma cosa legada. Art. 846 C.C.P.

10.4. DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA EN LEGADOS

El legatario no responde de las deudas generales de la herencia, solo lo que le haya asignado el testador, si no alcanza para pagar la deuda, responden con los herederos en proporción al monto de sus legados.

El artículo 851, del C.C.P. dice: Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ellas entre los legatarios, en proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Recordemos que las deudas tienen prelación sobre los legados. Cuando la norma dispone a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa, ello no quiere decir que se están obviando las obligaciones del testador, ya que el testador puede disponer que sea un legatario determinado sea quien cumpla la obligación de cancelar sus deudas, producto de que el legado también está condicionado a su aceptación.

10.5. CLASES DE LEGADOS

10.5.1. LEGADO DE COSA AJENA (ART. 821 C.C.P.)

a). Si el bien era ajeno y el testador lo sabía, es válido el legado y el heredero debe adquirirlo, y hacer la respectiva entrega al legatario, de no poder adquirirlo, dar a este su justa estimación.

- b). Si el testador desconocía que la cosa legada fuera ajena y lo creyera propia, el legado no tiene validez.
- c). Si el testador lega la cosa ajena, desconociendo que era ajena y la adquiere después de testar, el legado es válido.
- d). Si el bien es propio en parte y ajena en el resto para el testador, solo se extiende el legado a lo propio del testador.

10.5.2. LEGADO DE UN CRÉDITO CONTRA TERCERO. ART. 829 C.C.P.

Acto por medio del cual el testador lega el crédito que el poseía contra un tercero; el testador está legando su derecho de crédito. El heredero está obligado a ceder dicho crédito al legatario.

10.5.3. LEGADO GENÉRICO DE PERDÓN O LIBERACIÓN DE UNA DEUDA

Cuando es el propio deudor el legatario del testador y este decide legarle dicho crédito, nos encontramos frente al llamado [legado de liberación](#) o [legado de condonación](#). Lo mismo sucedería si es una cosa o prestación que el legatario debe. Si el [testador](#) dispone en el [legado](#), que perdona o condona todas las deudas que le debiera el [legatario](#), solo serán incluidas las existentes al otorgarse el [testamento](#), pero no las posteriores.

10.5.4. LEGADO ALTERNATIVO

Este legado es obligatorio mediante el cual el [testador](#) dispone que el [legatario](#) opte por una [prestación](#) o cosa determinada previstas por el [testador](#). Se trata, de una [obligación alternativa](#) a favor del [legatario](#). Respecto a la [elección](#) de la cosa, a entregar le corresponde al [heredero](#), que se convierte en [deudor](#) del legatario. También suele suceder que el testador designe a un tercero para que haga la elección del bien a entregar, también la opción de selección la puede tener el propio legatario.

10.5.5. LEGADO DE COSA INMUEBLE NO DETERMINADA

Este tipo de legado no transmite el dominio ni la posesión al legatario sino hasta que la cosa se hace cierta y determinada. El Código Civil de Panamá, art. 835, respecto al legado de cosa inmueble indeterminada dice: Este tipo de legado será válido, si la hubiese de género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de calidad inferior ni superior.

10.5.6. LEGADO DE EDUCACIÓN

Por medio de este legado, el legatario obtiene de la masa herencial, los costos pertinentes para aprender un oficio o profesión, generalmente este tipo de legado se otorga para que el destinatario obtenga un título académico. El legado de educación está condicionado a la voluntad del disponente, en el sentido que dicho legado puede ser otorgado para que el legatario obtenga una instrucción elemental, terminar una carrera determinada. Todo depende de lo que testador disponga.

10.5.7. LEGADO DE ALIMENTO

Doctrinalmente el legado de alimentos se concede mientras viva el legatario, a menos que el testador no disponga lo contrario. El alimento incluye todo lo indispensable para el sustento, asistencia médica, vestido, habitación. Cuando el testador no determine la cantidad en dinero para fijar los alimentos, estos se fijarán tomando en cuenta la condición socio económica del legatario y el importe de la herencia. Si existe precedente de que el testador en vida le otorgaba cierta cantidad al legatario para sus alimentos, se entenderá legada la misma cantidad.

10.5.8. LEGADO DE UNA PENSIÓN PERIÓDICA

Es un [legado](#) de carácter obligacional, el mismo impone al heredero la obligación de conceder una [prestación](#) determinada periódica en favor del [legatario](#). Es un legado genérico, condicional depende de lo que quiera el testador, y dura hasta que el legatario obtenga su mayoría de edad. Salvo que el [testador](#) disponga otra cosa.

10.5.9. LOS LEGADOS DE CARÁCTER REMUNERATORIOS

Es el legado que hace el [testador](#) producto de un [servicio](#) recibidos del [legatario](#), Este tipo de legado no puede ser exigido judicialmente, por no derivarse de ellos obligaciones exigibles.

10.5.10. LEGADO DE COSA MUEBLE GENÉRICA

Generalmente es el tipo de legado más utilizado, es de carácter obligacional debido que el disponente obliga al heredero a entregar la cosa mueble al legatario, creando así una obligación entre el heredero y el legatario.

Ejemplo de legado de cosa mueble genérica es el legado de cantidad, en el que la cosa se determina por su número, cuyo tipo más frecuente es el [legado](#) de dinero.

En el [legado](#) de cosa genérica [inmueble el bien debe estar dentro de la masa relicta;](#) en cambio, en el [legado](#) de cosa genérica mueble, ello no es así, el gravado deberá obtener la cosa genérica, si no la hay en la [herencia](#), y entregarla al [legatario](#), no debiendo ser de la calidad [inferior](#) ni de la [superior](#) del género indicado por el [testador](#).

10.6. TRANSMISIÓN Y ENTREGA DEL BIEN LEGADO

El legado para que tenga efecto jurídico, tiene que darse la muerte del testador, al igual que la herencia, debido al principio autonomía de la voluntad y al carácter revocable de los testamentos. Para que se dé la transmisión de la cosa legada se requiere:

- a) Que el legado sea de bien específico y no esté sujeto a plazo o condición, el legatario puede exigir el bien directamente del testador o del albacea, cuando haya concluido la diligencia de inventarios y avalúo.
- b) Cuando el legado es de un [género](#) y requiere ser determinado, para exigir la cosa requiere que la misma se determine y para la entrega se requiere la diligencia de inventario y avalúo..

10.6.1. ENTREGA DE LEGADO DE BIEN AJENO

Si el testador lega un bien ajeno y el legatario adquirió el bien después de hecho el testamento, se entiende legado el [precio](#).

10.6.2. LEGADO DE BIEN GRAVADO

Cuando se dé un legado sujeto a gravámenes, dicho legado debe ser transferido con sus respectivas cargas al legatario, a menos que el testador disponga otra

cosa; si son varios los herederos el testador puede compeler a un heredero determinado que levante los gravámenes establecidos.

10.6.3. LEGADO DE BIEN SUJETO A USUFRUCTO O HABITACIÓN

Se pueden legar bienes sujetos a usufructo o habitación, el legatario respetará estos derechos, hasta que se extinga.

10.6.4. LEGADO DE CRÉDITO Y DE CONDONACIÓN DE DEUDA

Todo legado surge efecto después de la muerte del testador, en el legado de crédito, el heredero está obligado a entregar al legatario el título de crédito, el legado de liberación o perdón de una deuda, se libera la garantía real, y debe devolverse al deudor el bien dado.

10.6.5. LEGADO DE PENSIÓN

Es un legado que se puede otorgar de por vida; dependiendo de la voluntad del testador y la modalidad es incondicional.

10.7. PAGOS DE LEGADOS

1.- La formalidad para pagar los legados está sujeta a la voluntad del testador o a contrario sensu por lo dispuesto por el albacea cuando estos hicieren la distribución de los bienes o por lo que determine la ley.

El orden establecido para el pago de los legados es el siguiente:

- 1.- Legados remuneratorios.
- 2.- Legados preferentes.
- 3.- legados de cosa cierta y determinada.
- 4.- Legados de alimentos o educación.
- 5.- Todos los demás.

10.8. ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DEL LEGADO

La ley determina que la aceptación o renuncia del legado no pueden ser parcial, condicional, ni a término. Tanto la aceptación como renuncia del legado es de carácter irrevocable y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión y más precisamente al momento de la delación de la herencia.

Prelegado es un legado más, sólo que la condición recae en un heredero. Es decir, se es heredero y legatario del causante. La institución proviene del derecho romano. Se deviene ineficaz dicho instituto, si sólo existe un heredero.

Los códigos modernos desestiman la regulación que realizaron los romanos del prelegado. El Código Civil español, de donde deviene nuestro ordenamiento no contiene taxativamente la disposición. Pero la normativa española artículo 890 dice: “el heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla”.

La finalidad del Prelegado está sentada en la voluntad testamentaria, y generalmente recae cuando el objeto es una cosa cierta y determinada inmersa en la propia herencia, es decir, cuando el testador quiere que la cosa legada forme parte de un pago pendiente o que el mismo testador desea que la reciba un coheredero determinado. Todo depende de la voluntad testamentaria.

10.9. NULIDAD DEL LEGADO

El legado puede devenir ineficaz por extinción, por nulidad o por caducidad.

a) Será ineficaz el legado si el bien objeto del legado se desaparece o se extingue antes de otorgarse el testamento, o que la cosa legada desaparezca después de la muerte del testador por causas imputables al propio legatario. Pero si la cosa

legada perece por causas imputables a los coherederos, éstos deben responsabilizarse del legado.

b) Es nulo el legado cuando el testamento resulta nulo o cuando la cláusula donde se instituye el legatario deviene nula o anulable.

c) La caducidad de un legado se da por la invalidez de una disposición testamentaria sobrevenida a este; es decir, producto de un hecho que no existía para el tiempo de otorgarse el testamento, y que de haber existido devenía de nula la voluntad del testador.

10.10. CADUCIDAD DEL LEGADO

1. Cuando el legatario muere antes que el testador.

2. Cuando judicialmente por causas imputables al legatario este se divorcia o se separa del testador.

3. Cuando el testador enajena el bien legado o este perece sin culpa del heredero.

TÍTULO XI

DERECHO DE DELIBERAR

11.1. CONCEPTO

Se define la aceptación como el acto jurídico a través del cual una persona llamada sucesor, expresa voluntariamente su decisión de aceptar la herencial, otorgada por testamento o por ley, y de asumir la condición y las obligaciones inherentes a la herencia.

La aceptación de herencia es un acto de voluntad o negocio jurídico que se realiza de manera unilateral, entre vivos, y éste es de carácter no receptivo por cuanto no va dirigido a destinatario alguno.

Así como el beneficio de inventario protege al menor y al incapaz; la pre muerte en los procesos sucesorios testados debería proteger a los herederos del instituidos; con las mismas cargas y obligaciones establecida en la aceptación pura y simple, partiendo del principio que el derecho no es injusto; injusta es la mala aplicación del derecho.

El beneficio de inventario es una de los modos de aceptar una herencia, en virtud del a cual los aceptantes no se responsabilizan de manera personal por las obligaciones de la masa hereditaria (deudas). Las deudas de la masa hereditaria se cubrirán exclusivamente con los bienes y/o derechos de la propia masa hereditaria, y ello no afectaría el patrimonio de los instituidos. La aceptación de la masa hereditaria pura y simple, responsabiliza a los herederos por las obligaciones que pueda tener el causante.

Por lo general para aceptar una herencia a beneficio de inventario la doctrina y las legislaciones han exigido condiciones o formalidades. Las solemnidades

establecidas es que generalmente la aceptación del beneficio de inventario deba ser hecha por escrito ante un notario o ante un juez, y este beneficio de inventario debe ser exacto y debe garantizar los derechos y acciones de los herederos.

El beneficio de inventario permite que los bienes relictos puedan ser administrados, por el primer heredero que petitionó el aseguramiento de bienes, o bien por otra persona designada. La finalidad del aseguramiento de bienes es proteger la herencia, custodiar o liquidar el patrimonio en caso de que existan cargas contra la masa hereditaria, pagar deudas hereditarias, y la rendición de cuentas de su administración.

El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsable de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes, que han heredado.

Por lo general para aceptar una herencia a beneficio de inventario la doctrina y las legislaciones han exigido condiciones o formalidades. Las solemnidades establecidas es que generalmente la aceptación del beneficio de inventario deba ser hecha por escrito ante un notario o ante un juez, y este beneficio de inventario debe ser exacto y debe garantizar los derechos y acciones de los herederos.

El beneficio de inventario permite que los bienes relictos puedan ser administrados, por el primer heredero que petitionó el aseguramiento de bienes, o bien por otra persona designada. La finalidad del aseguramiento de bienes es proteger la herencia, custodiar o liquidar el patrimonio en caso de que existan cargas contra la masa hereditaria, pagar deudas hereditarias, y la rendición de cuentas de su administración.

Con la aceptación de la herencia pura y simple, a diferencia de la aceptación a beneficio de inventario, el heredero se convierte en responsable de todas las deudas del fallecido y está obligado por ley a responder con su propio patrimonio.

Con la aceptación de la herencia a título de beneficio de inventario el heredero está obligado a pagar las deudas y otras cargas de la herencia sólo hasta donde alcanza la masa relictiva. Y ello permite no confundir los bienes de la herencia con el patrimonio del instituido. “El beneficio de inventario es una gracia que la ley concede al heredero para que él, como continuador del causante en sus obligaciones patrimoniales, solamente se obligue hasta la concurrencia del valor de su asignación, y para impedir que se extinga por confusión sus propios créditos contra la sucesión y sus propias obligaciones a favor de la sucesión”. (Ramírez Fuertes, 1999, Pág. 16),

En general el beneficio de inventario limita la responsabilidad del heredero, permite que los bienes herenciales no se confundan con los bienes del instituido; en caso de deudas hereditarias, éstas se tienen prelación si están debidamente reconocidas y luego se repartirán los demás bienes y derechos a los herederos designados. “El beneficio de inventario es un derecho que la ley reconoce al heredero para limitar su responsabilidad con relación a las deudas hereditarias, hasta el valor total de los bienes que ha heredado.” (Suárez Franco R., 2003, Pág. 70)

El beneficio de inventario es un instituto que protege al menor y al incapaz. El menor o el incapaz puede disponer de sus bienes hereditarios mediante autorización judicial previa.

11.2. CARACTERÍSTICA DE LA INSTITUCIÓN BENEFICIO DE INVENTARIO

El derecho de deliberar puede ser expreso o tácito.

Este derecho de deliberar debe reunir los requisitos de todo acto jurídico debe cumplir con ciertas formalidades establecidas en el Código Civil.

La aceptación de la herencia es total, no se puede aceptar de manera parcial y de forma incondicional.

Es un acto de naturaleza irrevocable y de efectos retroactivos. Es irrevocable porque una vez aceptada la herencia, no se puede desistir de ella; y es de efecto retroactivo, porque su efecto se retrotrae a la muerte del testador.

La aceptación a beneficio de inventario, es una facultad que la ley le concede al heredero para establecer un límite a su responsabilidad frente a las deudas y cargas hereditarias, hasta donde alcance el patrimonio del causante.

La institución beneficio de inventario, fue creada por el emperador romano Justiniano, para que el heredero sólo pague hasta donde alcanza el patrimonio del de-cujus.

El beneficio de inventario como institución propia del derecho sucesorio en general, presenta las siguientes características:

1. Es de orden Público, producto de ello no puede ser modificado ni por el causante o heredero, el general de la norma dice que el testador no puede obligar al heredero a aceptar la herencia.
2. Es una institución creada a favor del heredero. Es un privilegio, en razón de este el heredero protege su patrimonio. “De la naturaleza misma del beneficio resulta que se trata de un privilegio establecido en consideración al heredero para proteger su patrimonio personal, con exclusión de los bienes y obligaciones

de carácter herencial, de tal manera que el activo sucesoral se cubra con el pasivo. Si resultare una diferencia desfavorable, no puede obligarse al heredero beneficiario a responder por ella". (Suárez Franco R. 2003, Pág. 73).

3. Es de carácter optativo, es decir el heredero está facultado para optar o no por el beneficio de inventario. Es por ley un derecho discrecional y por ser patrimonial es de libre escogencia o de renunciar a este.

4. Constituye un verdadero acto de aceptación, esto significa que con el beneficio de inventario el heredero expresa una verdadera aceptación de la herencia con todos los efectos jurídicos que ello conlleva; trae consigo la desaparición del efecto de yacencia de la herencia. Además, la aceptación a beneficio de inventario no está sujeta a condición suspensiva: "seré heredero si el activo supera el pasivo"; ni está sujeta a condición resolutoria: "seré heredero en tanto haya bienes y se agoten en el pago de deudas; como tampoco está sometida a ningún plazo ni a ningún elemento accidental del negocio jurídico sucesorio, sin embargo, no deja de ser un acto jurídico puro y simple.

5. Como principio, es Libre y Voluntaria y sólo por excepción la aceptación es denominada necesaria, según lo establecido en el art. 885 del Código Civil, en el que se trata de "acreedores" del heredero y se exige hacer uso de la facultad de aceptar; así como en los artículos 886 y 887 que presentan el caso de que el heredero, perjudicando la herencia, haya sustraído algunos bienes; o por ejemplo que sea el Municipio llamado a heredar, está obligado a aceptar.

6. Es irrevocable, la irrevocabilidad, indica que una vez aceptada o renunciada la herencia, este acto es irrevocable, dada su naturaleza jurídica de negocio unilateral "intervivos" y no receptivo; además, se señala que solo puede ser

impugnada, cuando adoleciese de algún tipo de vicio del consentimiento por coacción, engaño, dolor, error o violencia, podría ser impugnada. (art. 881 c.c.p.)

7. Es indivisible, la indivisibilidad, la aceptación o la repudiación de la herencia no puede hacerse en partes, ni a plazo ni condicionalmente. (Art. 876 c.c.p.)

8. Es incondicional, esto significa que la aceptación es sin límite de tiempo y no está sujeta a modalidades, o sea no puede hacerse bajo condición ni a plazo, sin más excepción que la aceptación a beneficio de inventario, lo cual lo que establece es la responsabilidad sobre los bienes de la herencia y no sobre la figura de ser heredero. (art. 876 c.c.p.).

9. Es retroactiva, se retrotrae al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, a partir de cuyo momento se adjudica la condición de heredero, (art. 875 c.c.p.).

10. Es transmisible “mortis causa” el derecho alternativo de aceptar o repudiar la herencia, deriva del “Ius delationis”. (art. 890, c.c.p.).

11. Es un Derecho facultativo del heredero, la ley no impone condición alguna para aceptar la herencia. El heredero tiene la potestad de aceptar la herencia como lo estime conveniente; siempre y cuando no exteriorice actos que lo obliguen a aceptar determinadamente. En este aspecto, la ley faculta a todo heredero para aceptar a beneficio de inventario o para aceptar pura y simplemente, y el transmitente no puede privar al heredero de este derecho optativo, así lo establece el art. 896 del código civil.

11.2.1. EXCEPCIÓN AL DERECHO FACULTATIVO. (ART. 283 CÓDIGO DE FAMILIA)

El heredero está condicionado a aceptar de manera forzosa con beneficio de inventario cuando:

La herencia es dejada a menores o incapacitados, artículo 878, párrafo 2°.

La herencia dejada a los pobres, de conformidad con el art, 878, párrafo 3°.

La herencia dejada a municipio o entidades públicas.

11.3. PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

El beneficio de inventario se pierde (artículo 902 del Código Civil de Panamá)

1. Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes o acciones de la herencia, o supusiere deudas que no existen;
2. Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes muebles de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

Otros modos de perder el beneficio de inventario según la doctrina;

1. Cuando se acepta la herencia pura y simple
2. Cuando el heredero renuncia de manera expresa al beneficio.
3. Cuando los bienes no son objeto de inventario dentro del plazo fijado.
4. Cuando el heredero beneficiario realiza actos prohibidos sin antes pagar las deudas, por ejemplo, vender una propiedad sin autorización judicial.

11.3.1. ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE DE LA HERENCIA

En el antiguo Derecho Romano los herederos, llamados necesarios, que eran los esclavos manumitidos, no podían renunciar a la herencia, estaban obligados

a aceptarla. Los herederos llamados necesarios, pertenecían al primer orden sucesoral, eran los descendientes directos del causante, posteriormente se les permitió el *ius abstinendi*, o sea el derecho de abstención, mientras no tomaran posesión de los bienes o la administración de los negocios de la sucesión. Solo los extraños gozaban de *la cretio*, o sea del derecho de deliberar sobre la conveniencia de aceptar o no la herencia, por el hecho del pasivo de la sucesión.

Con la aceptación de la herencia pura y simple, a diferencia de la aceptación a beneficio de inventario, el heredero se convierte en responsable de todas las deudas del fallecido y está obligado por ley a responder con su propio patrimonio.

La aceptación de la herencia a título de beneficio de inventario el heredero está obligado a pagar las deudas y otras cargas de la herencia sólo hasta donde alcanza la masa relictiva. Y ello permite no confundir los bienes de la herencia con el patrimonio del instituido. “El beneficio de inventario es una gracia que la ley concede al heredero para que él, como continuador del causante en sus obligaciones patrimoniales, solamente se obligue hasta la concurrencia del valor de su asignación, y para impedir que se extinga por confusión sus propios créditos contra la sucesión y sus propias obligaciones a favor de la sucesión”. (Ramírez Fuertes, 1999, Pág. 16),

En general el beneficio de inventario limita la responsabilidad del heredero, permite que los bienes herenciales no se confundan con los bienes del instituido; en caso de deudas hereditarias, éstas tienen prelación si están debidamente reconocidas y luego se repartirán los demás bienes y derechos a los herederos designados. “El beneficio de inventario es un derecho que la ley reconoce al heredero para limitar su responsabilidad con relación a las deudas hereditarias,

hasta el valor total de los bienes que ha heredado.” (Suárez Franco R., 2003, Pág. 70)

El beneficio de inventario es un instituto que protege al menor y al incapaz. El menor o el incapaz puede disponer de sus bienes hereditarios mediante autorización judicial previa.

En esta clase de aceptación se produce los efectos de que los bienes de la herencia se confunden con los que constituyen el patrimonio del heredero, el cual por considerarse que representa la personalidad jurídica del difunto, su responsabilidad es ilimitada de todas las obligaciones y cargas del de cujus ultra veris hereditatis, es decir no sólo con los bienes de la herencia, sino hasta con su propio patrimonio, debe responder el heredero. (Art. 887 c.c.p.)

11.3.2. EFECTOS DE LA PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

El beneficio de inventario se pierde (artículo 902 del Código Civil de Panamá)

1. Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes o acciones de la herencia, o supusiere deudas que no existen;
2. Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes muebles de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

Otros modos de perder el beneficio de inventario según la doctrina;

1. Cuando se acepta la herencia pura y simple
2. Cuando el heredero renuncia de manera expresa al beneficio.
3. Cuando los bienes no son objeto de inventario dentro del plazo fijado.

4. Cuando el heredero beneficiario realiza actos prohibidos sin antes pagar las deudas, por ejemplo, vender una propiedad sin autorización judicial.

11.4. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE

Cuando la herencia es aceptada de forma pura y simple ello trae consigo que se confundan los patrimonios entre el causante y el instituido de forma irreversible, en todos sus elementos activos y pasivos. ambos patrimonios referidos, se reúnen y se consolidan en uno solo, cuyo titular es el heredero.

Producto de la confusión de dichos patrimonios, los bienes confundidos se constituyen en uno solo y este acto retrotrae obligaciones y cargas y se convierte el heredero en deudor de todos los acreedores del causante.

Artículo 887 del Código civil dice: “Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino con los suyos propios”.

Con la aceptación de la herencia pura y simple se extingue los derechos de usufructo que tuviere el causante sobre bienes cuya nuda propiedad pertenecen al heredero y viceversa, ya que se consolida la confusión. También se extinguen las servidumbres establecidas a favor de uno y otros y todos los derechos de crédito que tuviera el causante contra el heredero y viceversa.

11.5. LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

La aceptación debe ejecutarla la persona a quien efectivamente corresponda la herencia o sea el heredero. Además, no puede aceptar el sustituto o un pariente lejano por el del grado más próximo, de allí que, si ello se produce, se afirme que en tales casos la aceptación es considerada ineficaz, ya que tiene que ser el llamado directo a heredar.

En los procesos sucesorios la voluntad de las partes es fundamental, así como el testador puede disponer de sus bienes, soportadas las cargas, los herederos por ley o instituidos están facultados para aceptar o repudiar la herencia.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario y la aceptación pura y simple, son las dos únicas clases de aceptación posibles y ese derecho de opción la tienen los herederos no así el legatario que está condicionado, que sólo acepta o repudia. La herencia si ha sido aceptada no se puede repudiar, pero existe el derecho de impugnar el acto de aceptación o repudiación de la herencia, si en dichas actuaciones concurrió equivocación, engaño o amenaza.

La **aceptación** está motivada por la voluntad del sucesor, donde a través de una declaración manifiesta su deseo de convertirse en heredero del causante. La aceptación puede ser realizada de manera expresa o tácita.

- La aceptación **expresa, esta puede ser realizada** en documento privado o formalmente a través escritura pública. Sin embargo, si existe la intención de vender un bien que forme parte de la masa hereditaria se recomienda que la aceptación de la herencia se realice a través de un documento notariado. Tanto la escritura de aceptación expresa, como la escritura de venta se pueden realizar de manera conjunta. Hay un adagio que dice: no podemos transmitir lo que aún no es nuestro (*nemo dat quod non habet*).

- Aceptación **tácita**, se produce cuando el heredero realiza actos que están estrechamente relacionados con los bienes de la herencia. Ejemplo alquilar algún bien de la herencia.

El heredero llamado a la aceptación de la herencia puede optar por una de las tres alternativas siguientes:

- **Aceptar la herencia simplemente:** Es aconsejable realizarla cuando el heredero tiene pleno conocimiento de que las deudas del fallecido no superan el importe de los bienes dejados en herencia, ya que, de lo contrario, el heredero respondería con sus propios bienes de las deudas de la herencia que acepta.
- **Aceptar la herencia a beneficio de inventario:** Es la más aconsejable, no trae consecuencia jurídica alguna puesto que el heredero sólo responderá de las deudas del causante hasta el límite del importe de los bienes que le son adjudicados por herencia.

Este tipo de aceptación de la herencia, el heredero puede hacerse ante un Notario o agente consular si el beneficiario se encuentra en el extranjero, o ante un juez.

- **Repudiar la herencia:** Debe reunir todas y cada una de las formalidades exigidas en la ley y debe ser realizada a través de escritura pública o judicialmente; no es posible repudiar una herencia de manera tácita.

Tanto la aceptación de la herencia como la repudiación de la misma, una vez realizadas son **irrevocables**, y no pueden ser parcial ni sometida a condición,

esto es, no se puede aceptar o rechazar una parte de la herencia, ni imponer condiciones para aceptarla o rechazarla.

En los procesos sucesorios la voluntad de las partes es fundamental, así como el testador puede disponer de sus bienes, soportadas las cargas, los herederos por ley o instituidos están facultado para aceptar o repudiar la herencia.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario y la aceptación pura y simple, son las dos únicas clases de aceptación posibles y ese derecho de opción la tienen los herederos no así el legatario que está condicionado que sólo acepta o repudia. La herencia si ha sido aceptada no se puede repudiar, pero existe el derecho de impugnar el acto de aceptación o repudiación de la herencia, si en dichas actuaciones concurrió equivocación, engaño o amenaza.

En el caso presente, ésta es la que se refiere a que el heredero sólo es responsable de las cargas de la herencia, hasta donde alcance el valor de los bienes de la misma, es decir, sólo responde del pago de las deudas hereditarios “intra vires hereditatis”. (Art. 894 c.c.p.).

En este caso, la Legislación Panameña establece categóricamente en la parte final del artículo 882, que si el heredero no expresa la forma en que acepta la herencia, significa que la aceptación es a beneficio de inventario.

Se considera aceptada la herencia de manera pura y simple, cuando concurren las siguientes circunstancias. Artículo 884 Código Civil de Panamá:

1. Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos;

2. Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos;
3. Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

Los derechos herenciales pueden ser aceptados de manera pura y simple o a beneficio de inventario. Se entiende aceptada la herencia a beneficio de inventario cuando el heredero no ha ejecutado actos algunos que exprese aceptación de la herencia. La aceptación de la herencia sólo puede ser expresa o tácita; expresa cuando la aceptación se realiza a través de documento público o privado, y es tácita cuando se realizan actos que presuponen aceptación.

Los herederos que hayan tratado de disponer, sustraer u ocultar bienes de la masa relictas, perderán el derecho de repudiarla y quedarán constituidos en herederos puros y simples, ello sin perjuicio de la pena incurrida. El heredero que intencionalmente haya dejado de incluir en la diligencia de inventario y avalúo bienes perteneciente a la herencia, quedará privado del beneficio de inventario. Artículo 902 del Código Civil.

La aceptación de la herencia es el acto jurídico en virtud del cual una persona heredera manifiesta su voluntad de que se tenga como tal en un proceso sucesorio determinado, y esa aceptación puede hacerse de manera expresa o tácita y ese acto confiere la calidad de heredero.

La aceptación pura y simple coincide con la plena voluntad del heredero de una forma clara, inequívoca, afirmativa y sin restricciones de aceptar la herencia que

se difiere sin sujetar su aceptación a las formalidades previstas por la Ley para el beneficio de inventario.

11.6. FORMALIDAD DEL DERECHO DE DELIBERAR

El derecho de deliberar puede ser expreso o tácito. Esta división obedece a la forma según como se manifiesta o exterioriza la aceptación. (Art. 883 c.c,p.)

Este derecho de deliberar debe reunir los requisitos de todo acto jurídico debe cumplir con ciertas formalidades establecidas en el Código Civil panameño.

11.7. ACEPTACIÓN EXPRESA DE LA HERENCIA

Es un acto solemne; en virtud del cual el sucesor adquiere la cualidad de heredero del *de cujus*, a través de un documento público o privado.

El documento en virtud del cual el heredero da su consentimiento para aceptar la herencia de manera expresa a pesar de ser solemne no requiere de dicha formalidad ya que dicho documento puede presentarse de manera incidental o a través de una carta misiva.

11.8. ACEPTACIÓN TÁCITA

Este tipo de aceptación se produce, cuando el heredero ejecuta actos positivos que supongan la voluntad de aceptar la herencia; son actos que son exclusivos del heredero. A este tipo de acto los romanos lo llamaban "*pro hedere gestio*", en él se supone la toma de posesión de algunos bienes hereditarios; por ejemplo, usar las cosas objeto de la herencia como si fuesen propias. Estos actos suponen una manifestación de aceptación tácita.

Para que exista aceptación tácita de la herencia no debe existir duda alguna respecto de que el acto llevado a cabo por el sucesor presupone necesariamente la voluntad de aceptación de la herencia, de no ser así el ente jurisdiccional debe presuponer que no hubo aceptación.

Se entiende realizada la aceptación de manera tácita, (Art. 884, c.c.p,) en estos casos:

1. Cuando el heredero vende, dona o cede sus derechos a extraños o a sus coherederos.
2. Cuando el heredero renuncia a la herencia, de manera gratuita en favor de uno o más de sus coherederos.
3. Cuando se renuncia a la herencia por precio, a favor de los coherederos.

Nuestro derecho positivo considera que hay aceptación tácita de la herencia, además cuando se dan los siguientes casos: a) tratar de enajenar a cualquier título gratuito u oneroso de los derechos hereditarios; b) la renuncia por parte de cualquier coheredero, para favorecer a otro coheredero, la renuncia constituye una manera de aceptar la herencia; y c) la renuncia a título oneroso por parte de uno de los coherederos, hecha indistintamente a favor de todos los demás, toda vez que en realidad allí lo que hay es una enajenación simulada.

11.9. OTRAS FORMAS DE ACEPTACIÓN

De acuerdo con el principio de libertad, ésta puede ser libre y voluntaria.

En el artículo 874 del Código Civil panameño, se encuentra consagrado el principio de espontaneidad y libertad, tanto para la aceptación como para la repudiación de la herencia, al punto que en ambos momentos reflejen la fiel intención del heredero, de tal modo que ésta debe ser bien clara y estar exenta de vicios de la voluntad en función del consentimiento.

Sobre el principio de aceptación libre y voluntaria, la regla señala tres excepciones, como sigue:

1. "Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptar en nombre de aquel".
(Art.885 c.c.p.)

2. Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla o aceptar a beneficio de inventario. (Art. 886 c.c.p.).

3. La aceptación es necesaria por disposición de la ley, siempre y cuando se comprende que se han producido los supuestos que tales preceptos prevén. El municipio como heredero acepta siempre a beneficio de inventario.

11.10. ACEPTACIÓN PRESUNTA

La aceptación presunta se da a través de presunciones, al sucesor se le considera que ha ejecutado actos de forma pura y simple, ya por determinadas conductas asumidas por el heredero o producto de una determinada sanción.

Se presume que el heredero pierde el beneficio de inventario y el derecho a repudiar la herencia cuando a través de un subterfugio oculta o sustrae bienes hereditarios.

La doctrina manifiesta que el heredero que dolosamente deja fuera del inventario algún bien hereditario, queda privado del beneficio de inventario. Si se dejasen bienes producto de culpa o negligencia, para que no se pierda el derecho de

beneficio de inventario. el heredado debe probarlo, y queda a discrecionalidad del juez determinar si se pierde o no el derecho de deliberar.

Cuando los herederos tengan la tenencia de los bienes hereditarios y han perdido el derecho a repudiar la herencia porque no actuaron conforme a lo dispuesto en el beneficio de inventario, se considerarán herederos puros y simples, aunque la pretensión de poseer dichos bienes herenciales sea por otro título.

11.11. REQUISITOS DE LA ACEPTACIÓN

Están facultados para ejercer el derecho de deliberar (*jus delationis*,) el heredero de manera absoluta e indivisible y, también, en forma pura y simple. Tal ejercicio es conferido porque así lo permite la ley o la voluntad del de-cujus, independientemente de los terceros interesados; cuando las personas legitimadas no ejercen su derecho por cualquiera circunstancia, sea que renuncie a la herencia, la repudie o no quiera heredar entonces existe un orden sucesoral para efecto de las sucesiones intestadas en quienes recae el derecho del ius delationis. En consecuencia, el orden social, exige que el llamado proceda sobre el particular, en forma perfectamente clara y efectiva.

La decisión que tome el heredero en cuanto a aceptar o no la herencia que se le defiere ya sea pura y simplemente o bajo beneficio de inventario, tiene valor o eficacia *erga omnes*.

No es opcional que el heredero pretenda aceptar la institución en relación con ciertas personas y repudiarla con respecto a otras; tampoco puede aceptar pura y simplemente frente a unos y a beneficio de inventario respecto de otros; cuando sean varios los instituidos, no existe impedimento alguno que alguno de ellos opte por aceptar y otro u otros decidan renunciar, ya que en nuestro derecho

positivo ni a nivel del derecho comparado no hay la figura del llamado forzoso o necesario. En caso de varios herederos puede suceder que todos los que desean aceptar, lo hagan pura y simplemente; o que todos lo hagan a beneficio de inventario; o que algunos sean aceptantes puros y simples y los demás, bajo beneficio de inventario. “La aceptación es un acto autónomo, libre, voluntario e irrevocable, necesario para que haya lugar a la transmisión patrimonial mortis causa, ella puede tener lugar pura y simple o bien a beneficio de inventario, esta última forma de aceptación rige supletoriamente en caso de no expresarse la forma bajo la cual se acepta la herencia (Artículo 882 del Código Civil).” (Espinosa Jacinto, 2014, Pág. 24)

Si un mismo heredero ha sido instituido como sucesor y como legatario, surge de inmediato el derecho a la opción, puede la persona perfectamente aceptar el legado y renunciar a la herencia o vice versa. Este instituto es conocido doctrinalmente como pre legado, Respecto a ello el artículo 850 de nuestro código Civil en su segundo aparte dice: “El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquella. Al respecto el artículo 1013 del Código Civil venezolano dice: “El que repudia la herencia se considera como si nunca hubiera sido llamado a ella.

Sin embargo, la repudiación no quita al repudiante el derecho de reclamar los legados dejados a su favor.”

“El heredero y legatario en la sucesión testada y el heredero en la intestada, son enteramente libres y autónomos de aceptar o bien repudiar la herencia, se trata de un acto libre, voluntario, espontáneo, autónomo, nadie está obligado a aceptar una liberalidad (artículo 874 del Código Civil).

Ambas (herencia o legado) se retrotraen al tiempo de ocurrir el fallecimiento de quien se ha de heredar y no pueden hacerse en parte, ni a plazo o bajo condición, siempre debe existir la certeza del fallecimiento y de tener derecho a la herencia (Artículos 875, 876 y 877 del Código Civil)” (Espinosa Jacinto, 2014, Pág. 23)

11.12. CAPACIDAD PARA EJERCER EL IUS DELATIONIS

La capacidad para suceder es deferida por ley, y ella faculta al llamado a ejercer el derecho de opción a la sucesión (universal o particular) del causante; en cambio, la capacidad para ejercer el *jus delationis*, es la posibilidad legal de aceptar o de repudiar el llamado referido.

La aceptación y la renuncia de la herencia son actos meramente de disposición y, por ello el llamado requiere de capacidad plena.

El ius delationis puede ser ejercido por el llamado o en su defecto por su apoderado judicial, siempre y cuando el mismo tenga facultad expresa para ello.

11.13. EFECTO DE LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

El Art. 894 del Código Civil, sobre los efectos del beneficio de inventario se señala:

1. El heredero no se verá obligado a pagar las deudas y las otras cargas de la herencia, sino sólo aquellas hasta donde los bienes de la misma se lo permitan.
- 2° El heredero conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuvieron en contra el difunto. Esto se refiere a que el sucesor conserva íntegramente sus derechos y acciones contra el caudal hereditario.

3° No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que correspondan a la herencia, lo cual viene a confirmar la regla de la separación de los dos patrimonios: el del causante y el del heredero.

Por tanto, la responsabilidad del heredero que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, se hace extensiva también a todos bienes que en lo sucesivo le sobrevienen a la herencia sobre la que recae el inventario, y no únicamente al valor de aquellos que recibe el heredero en el momento mismo de la aceptación de la herencia.

Además, señala el artículo 904, que el sucesor se responsabiliza de todos los créditos, como si en realidad los hubiese cobrado, salvo el caso de que pueda comprobar, a tiempo, que la falta de cobro no lo es imputable y ponga a disposición de los interesados, los títulos y acciones insolutos.

11.14. VENTAJAS DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

El beneficio de inventario trae consigo las siguientes ventajas:

1. Limita la responsabilidad de los herederos, las deudas del causante son cubiertas por la masa hereditaria hasta donde esta alcance.
2. No se confunden las obligaciones del causante con los bienes patrimoniales de los instituidos.
3. Se conservan de manera íntegra las acciones que el heredero tenía contra los bienes del difunto.
4. Si llegase a existir deudas, éstas tienen prelación en su pago y si hay remanente, ello constituiría los bienes herenciales.

11.15. PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Respecto a la pérdida del beneficio de inventario el artículo 886 preceptúa: El heredero perderá el beneficio de inventario, en estos casos

1. Si actúa de manera dolosa al momento de realizar la diligencia de inventario y avalúo dejando algunos bienes fuera de esta.
2. La sustracción de bienes del caudal hereditario (artículo 886, c.c.p.).
3. Si antes de completar el pago de las deudas y legados, enajenase bienes muebles de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o si por el contrario habiendo sido autorizado, igual no diese al precio de lo vendido. (artículo 902 c.c.p.)

11.16. HERENCIAS DEFERIDAS A MENORES O INCAPACES

Su aceptación o renuncia corresponde al respectivo representante legal, así lo preceptúa el numeral 4 del artículo 283 del código de familia de Panamá. El representante legal está impedido por ley aceptar de manera pura y simplemente la herencia deferida a su representado. El representante judicial del menor está impedido por ley a repudiar la herencia deferida a este. Si se diese el caso de que el menor no quiera o no pueda aceptarla, su representante tiene que recurrir previamente a la autoridad judicial, para que esta autorice el referido acto jurídico.

El juez a solicitud del menor, de cualquiera de sus parientes, del Ministerio Público y aun procediendo de oficio puede autorizar la aceptación de la herencia, bajo beneficio de inventario, y cuando ello es así este debe nombrarle al menor o al incapaz un curador *ad hoc*.

11.17. HERENCIAS DEFERIDAS A ENTREDICHOS

Las mismas reglas aplicadas a menores sometidos a tutela son aplicadas a los interdictos o entredichos, La aceptación o la renuncia de la herencia corresponde al respectivo tutor.

La aceptación de la herencia tiene necesariamente que ser hecha bajo beneficio de inventario, pero no requiere adicionalmente autorización judicial.

El entredicho no pierde el derecho al beneficio de inventario, sino al cumplirse un año desde la fecha cuando cesa la interdicción.

La repudiación de la herencia del interdicto, requiere autorización judicial previa; si el tutor la solicita, el juez de la causa puede autorizar la aceptación beneficiaria de la sucesión, a solicitud de los parientes del incapaz o del Ministerio Público, o bien procediendo de oficio, y si ello es así este está obligado a nombrar un curador *ad hoc* que represente a interdicto.

11.18. RENUNCIA O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Cuando se renuncia o se repudia la herencia nace el derecho de representación en los procesos sucesorios, y este es un acto voluntario que exige plena capacidad y ausencia de vicios. Por ello, el error, el dolo y la violencia podrían ser invocados para obtener la anulación de ese acto; por tanto, debe la renuncia constar a través de instrumento público.

Artículo 886 del Código Civil de Panamá “Los Herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.”

La doctrina considera que el instituido que renuncia la herencia se reputa como que nunca hubiese sido llamado a la herencia. Si un heredero renuncia a una

herencia y no existe representante del renunciante la parte de este acrece a los demás herederos, ello independientemente del tipo de proceso sucesorio.

El heredero que renuncia o repudia la herencia con la intención de evadir una responsabilidad, sus acreedores pueden solicitar al juez que los faculte para recibirla hasta el importe de sus créditos. (Artículo 885 C.C.P.)

El Diccionario Jurídico de Fernando Gómez de Liaño define Repudiación de la Herencia en los siguientes términos “la renuncia de una sucesión legítima o ab-intestado. No cabe repudiación parcial, ni a plazos o condicional; ha de ser pura y simple. Para renunciar ha de estarse cierto de la muerte de la persona del causante y del derecho propio”.

Así pues, la repudiación es el acto jurídico formal por el cual el llamado a la sucesión, formalmente declara que rehúsa la herencia, deferida a su favor; por tanto, constituye una forma de extinción del derecho hereditario; al respecto el artículo 892, expresa: “La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o del ab intestado”,

Sobre el repudio del derecho hereditario, se trata de una manifestación de voluntad, de una manera espontánea, libre y facultativa. No se acepta verbalmente, porque está expresamente limitada. Debe manifestarse siempre por escrito, es decir, debe constar en un documento.

11.19. EFECTOS DE LA REPUDIACIÓN

Se extingue el derecho hereditario, por lo tanto, el beneficiario renunciante nunca ha poseído la masa relicta.

b- Si el beneficiario es heredero por cualquier título; tiene un derecho opcional; la renuncia no lo impide para aceptar un determinado legado (pre legado)

c- En la sucesión mixta si la persona llamada a una misma herencia sea por testamento o ab intestado, repudia la testamentaria, implica el repudio también en la sucesión legal, no así a la inversa, o sea si hay repudio en el llamamiento legal sin tener noticias de su título testamentario, puede aún, el sucesor, aceptarla.

c- La repudiación enerva instituciones como el derecho de representación o el de acrecer, dependiendo de situaciones de ley.

11.20. LA CAPACIDAD PARA HEREDAR

A referirse a la capacidad para heredar se dice que es la posibilidad de expresar la aceptación de la herencia, en otras palabras, es la que contempla si una persona idónea para suceder puede manifestar eficazmente la aceptación; lo que no debe confundirse es la capacidad de aceptación con la llamada capacidad para suceder, que es otro tema a tratar.

La capacidad para heredar, debe tenerse al momento que la herencia es deferida (artículo 633 del Código Civil), esto es al tiempo en que se produce la muerte del causante o de la declaración judicial de presunción de muerte mediante sentencia ejecutoriada.

Así como el heredero debe existir al instante en que tiene lugar el fallecimiento de una persona, en ese mismo momento también debe estar revestido de la debida capacidad para heredar. El nasciturus heredará y puede ser instituido

heredero en la medida que nazca y viva por un instante separado del seno materno, esto es el cordón umbilical (artículo 41 y 42 del Código Civil).

Toda persona natural goza de capacidad para suceder o recibir una sucesión testada o ab intestato, salvo prueba en contrario, se presume la capacidad de suceder, quien alegue lo contrario correrá con la carga de la prueba de la incapacidad del llamado. La incapacidad para heredar está concebida por el legislador con carácter absoluto o bien por vía de indignidad, veamos cuáles son las causas en una y otra.

11.21. DISPONIBILIDAD DE LA HERENCIA

Significa que la herencia ha de encontrarse en condición de ser aceptada, desde el mismo momento de la apertura de la sucesión por la muerte del causante, a quien se va a suceder o por la presunción de muerte debidamente establecida.

11.22. CAPACIDAD NECESARIA PARA ACEPTAR

El aceptante debe tener la suficiente capacidad de ejercicio para administrar libremente los bienes y disponer, de ellos; tal como lo establece el Código Civil en el artículo 878, párrafo 1°

Con relación a la capacidad para heredar, además de los requisitos antes descritos, se señalan otras condiciones especiales en las que quien ha sido efectivamente llamado, no puede manifestar en forma directa su aceptación; tales condiciones son relativas a las personas que no gozan de la plena capacidad de actuar.

11.22.1. SOBRE LAS PERSONAS NATURALES

En este grupo se encuentran: los menores de edad o con incapacidad, los sordomudos y los pobres.

Las personas menores de edad o con incapacidad no pueden aceptar por sí solos; la aceptación de la herencia en este caso se hará por medio del padre, tutor o por quien lo debe representar legalmente y se entiende aceptada a beneficio de inventario para limitar la responsabilidad sobre los bienes; si la herencia es repudiada, se requiere autorización judicial. Según la doctrina, en caso de menores de edad emancipados, se planteó la discusión en cuanto si éste podía o no aceptar la herencia, con o sin el consentimiento de su representante legal, ya que el Código nada dice al respecto y se concluyó que sí puede aceptar.

11.22.2. LOS SORDOMUDOS

Se estima que, si el sordomudo sabe leer y escribir, es válido el que acepte la herencia, sin embargo, si éste no sabe leer ni escribir, y si, además, no se puede dar a entender, tendrá el curador que aceptar la herencia a su favor y la aceptación ha de hacerse a beneficio de inventario.

11.22.3. LOS POBRES

La aceptación de la herencia corresponderá a la persona designada por el testador para calificar y distribuir los bienes, o en su defecto, al alcalde del Distrito del último domicilio del causante y la aceptación será siempre a beneficio de inventario. (art. 878, párrafo 3°).

11.22.4. CON RESPECTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS

A nivel de Personas Jurídicas se establece en el artículo 879 del Código Civil, lo siguiente:

Los legítimos representantes de las personas jurídicas podrán aceptar o repudiar la herencia que se le dejará a las mismas.

Las personas jurídicas de interés público o de interés privado sin fines de lucro (artículo 64), 4 y 5 del Código Civil reconocida por el Órgano Ejecutivo) deben aceptar la herencia con el beneficio de inventario y si se repudiara la herencia se requiere la autorización judicial con audiencia del Ministerio Público con el fin de que emita su opinión. Por otra parte, para aceptar o repudiar la herencia, las instituciones públicas nacionales requieren de la aprobación del Órgano Ejecutivo.

11.23. LA CAPACIDAD PARA SUCEDER

La capacidad para suceder difiere, un tanto, de la capacidad para heredar en cuanto se vincula a la libre disposición de los bienes y a la actuación con capacidad civil.

El Código Civil panameño, en su Artículo 634, establece en Principio de la presunción de la capacidad para suceder de toda persona natural o jurídica. La ley considera la capacidad para suceder como un derecho propio, inherente a la personalidad (artículo 633 Código Civil), reconociendo una aptitud necesaria para recibir una sucesión, ya sea por testamento o “abintestato”, al momento que sea diferida la herencia.

Se dice, también, que hay excepción de la regla cuando se da la incapacidad para suceder; o sea que la Ley de manera expresa por interpretación restrictiva

es taxativa, y excluye la persona en forma directa por su incapacidad para suceder.

11.24. CLASES DE INCAPACIDADES

Con respecto a este aspecto, se indica que las incapacidades para suceder son de dos clases: absolutas y relativas.

11.24.1. ABSOLUTAS

En cuanto a las incapacidades absolutas, según se establece en el código civil, existen y están ampliamente definidas en el texto legal:

1. Las criaturas abortivas. Esto es el feto que no viviere un instante separado del seno materno se trata de inexistencia de persona. El naciturus si es idóneo para heredar con tal que viva por un instante separado del seno materno, esto es que tenga vida propia la cual tiene lugar con el nacimiento (Ver artículo 41 y 42 del Código Civil).
2. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por ley.
3. El último confesor del testador a quien éste durante su última enfermedad le instituyó heredero o bien a los parientes de aquél (confesor) dentro del 4º grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituido.
4. El notario autorizante de la Escritura contentiva de la última voluntad del testador, así como sus ascendientes, descendientes o herederos y los cónyuges de éstos o de aquellos, o la mujer del notario, los ascendientes descendientes o hermanos de la misma. Cualquier cláusula estipulada en testamento a favor de tales personas son nulas y sin valor jurídico alguno (artículo 1717 del Código Civil panameño).

5. El médico o facultativo que atiende al testador durante su última enfermedad, quien puede influir directamente en la voluntad del testador por su estado de salud, ello debe ser resuelto por la jurisprudencia mediante una aplicación analógica (artículo 13 del Código Civil panameño) como ocurre con el último confesor, visto por el artículo 637 del Código Civil panameño.

En realidad, lo citado por este artículo lo que califica de incapacidad absoluta para suceder, es la inexistencia de sujeto o persona natural o jurídica idónea para la sucesión. Es importante señalar que, en cuanto a la legislación panameña, la incapacidad absoluta como tal, no existe.

11.24.2. RELATIVAS

En nuestro derecho positivo vigente se consagran las siguientes incapacidades relativas:

Artículo 637 ordena que:

“No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”

2° El artículo 285 del Código Civil colombiano, ordinal 3°, prohíbe al tutor recibir bienes de su pupilo por testamento, salvo después de aprobadas las cuentas de administración o cuando el tutor fuere ascendiente o hermano del menor. Ahora, el tutor que no aceptó el cargo pierde, lo que le dejará el que lo nombró como tal, salvo disposición contraria.

3° El Notario no puede autorizar testamentos a su favor, o de sus ascendientes, descendientes o hermanos y sus cónyuges, (cuñados) o su mujer y los mismos parientes de éstas. (Artículo 1717 Código Civil colombiano).

4° El albacea que no acepte o que renuncia, sin justa causa al cargo, perderá lo que hubiese dejado el testador, salvo el derecho que tuviere a los alimentos. (Artículo 862 Código Civil panameño).

El albacea es la persona encargada por el testador, de ejecutar y cumplir su voluntad testamentaria.

5° El matrimonio, contraviniendo impedimentos (artículos 35 y 36, ordinales 1 y 3 Código de la Familia) ninguno de los cónyuges podrá recibir de la otra cosa alguna por testamento, así como tampoco el tutor ni sus descendientes podrán heredar al pupilo, cuando el matrimonio adolezca de un impedimento impediante. (Artículo 97, ordinal 1° y 3°, reformado por la ley 7 de 1961); y si uno de los cónyuges falleciera antes de que se convalide según reglas del Código de la Familia, no pueden sucederle al difunto cónyuge.

11.25. PERSONAS LEGITIMADAS PARA ACEPTAR O REPUDIAR LA HERENCIA

Todas personas con capacidad de disposición pueden aceptar o repudiar los bienes herenciales.

Independientemente de la capacidad de disposición de la persona la ley establece condiciones a algunas de ellas; por ejemplo el [menor emancipado](#),

sólo puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, pero para aceptar la herencia simple o repudiarla necesitará el consentimiento de sus padres, tutor o defensor judicial. Los **incapacitados para la aceptación de la herencia**, dependerán de los límites de su incapacidad, la cual será definida por la sentencia correspondiente; el tutor o el “curador del incapacitado” requiere autorización judicial para aceptar la herencia simplemente o para repudiarla, no así para aceptarla a beneficio de inventario; igualmente el **quebrado o concursado** está facultado para aceptar por sí mismo la herencia a beneficio de inventario pero necesitará la autorización de los síndicos para aceptar libremente o repudiar la herencia.

La aceptación de la herencia dejada a los **pobres, esta podrá** ser realizada por las personas encargadas de la administración y distribución de los bienes y solamente está facultado para hacerla a beneficio de inventario. La herencia legada o instituida a una **persona jurídica**, la aceptación debe ser realizada por sus representantes legales; pero si es repudiada necesitará autorización judicial.

11.26. PERSONAS OBLIGADAS A ACEPTAR CON BENEFICIO DE INVENTARIO

Tomando como fundamento la capacidad de la persona, la ley obliga a ciertas personas a aceptar la herencia a título de beneficio de inventario, entre las que podemos mencionar, al Estado y a las personas de derecho público, los menores, los interdictos, los herederos fiduciarios, etc.

11.27. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN

Realizada la aceptación la herencia, el beneficiario se convierte en heredero y se sitúa en la posición del difunto respecto a la **titularidad** de sus bienes y derechos.

La aceptación o la repudiación de la herencia solo tiene efecto después de la muerte del dueño del patrimonio, ello independientemente del tiempo de su muerte, y solo corre a partir de la apertura del juicio de sucesión; lo que significa que sus efectos **se retrotraen** a la fecha del fallecimiento. El repudio de la herencia por parte del heredero con la intención de evadir una responsabilidad, sus acreedores, podrán solicitar al juez que les autorice para **aceptarla** en su nombre. A los acreedores se le concederá la cantidad correspondiente a su crédito, en caso tal de que sobrase parte del caudal hereditarios, éste se repartirá entre ellos.

11.28. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA IMPUGNAR LA INCAPACIDAD

El término de prescripción de la acción para impugnar la incapacidad de un heredero o legatario es de cinco años y corre a partir del momento en que el incapaz está en posesión de la herencia o legado (artículo 645 del Código Civil panameño).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Así como ha sido positivada la incapacidad y el repudio de la herencia, en los procesos sucesorios testados, tal como lo preceptúa artículo 644 del Código Civil de Panamá; igualmente, así como ha sido positivada la indignidad vía jurisprudencia, Sentencia Civil de La Corte Suprema de Justicia (pleno) 1° de lo Civil, 03 de julio de 2001, así mismo debería ser positivada la premoriencia en los procesos

sucesorios testados. Al respecto el artículo 781 c.c. dice: El heredero que muera antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en el Artículo 644 del Código Civil de Panamá.

En nuestro ordenamiento positivo el derecho de representación está plenamente regulado en el derecho sucesorio intestado y en ciertos aspectos en el derecho testado. El Código Civil panameño, y la jurisprudencia respecto a la representación en materia de sucesión testada, establece excepciones en el sentido que se acepta la representación en la indignidad, en el repudio o renuncia a la herencia, después de haber sido instituida la persona, no en la pre muerte; y ello es atentatorio contra el orden familiar. No hay valor superior a la familia, en la familia están inmersos los principios fundamentales del ser humano y el que irrespete a la familia atenta contra el principio pro ominis. No hay nada que esté por encima de la dignidad del ser humano, ya que de ella derivan todos y cada uno de los derechos fundamentales de la especie humana.

La legislación colombiana dice que el heredero puede prohibir el acrecimiento y ello trae consigo la representación en la pre muerte.

La legislación sobre el Derecho de Representación, es amplia y compleja a la vez, algunos autores consideran que hay cierta inexactitud en la definición de dicha institución, originada en la idea de ver este derecho como una ficción legal, ficción esta que no existe, ya que el representante es llamado directamente y personalmente por la ley.

Somos de la consideración que debería legislarse en el sentido de admitir la representación en el derecho sucesorio testado, por el carácter social que

representa; doctrinal y jurisprudencialmente ya está regulado en la indignidad, en el repudio o la renuncia de la herencia, más no en la pre muerte. El derecho se fundamenta en el respeto de la dignidad humana y ello constituye el hecho de la no existencia del derecho injusto, razón por la cual se justifica la regulación de este instituto.

El derecho de representación está debidamente regulado en los procesos sucesorios intestados; no en el derecho sucesorios testado. El derecho sucesorio ab intestato como categoría jurídica protegible en el proceso judicial y su tramitación en el derecho panameño, tiende a determinar los elementos doctrinarios que rigen este mecanismo y los sujetos y órganos que intervienen en él. En virtud de que existe una multiplicidad de razones el estudio plantea las bases doctrinarias que rigen al derecho sucesorio en los procesos judiciales en el marco legal panameño. El estudio alcanza interés para las ciencias jurídicas en tanto que propone un análisis técnico jurídico del derecho de representación en los procesos sucesorios.

El derecho de representación es de origen romano, está plenamente regulado en las sucesiones intestadas y muy sutilmente en los procesos sucesorios testados, los jurisconsultos romanos no hacen mención de esta institución; pero aceptaron la posibilidad que los nietos heredaran al abuelo, junto con sus tíos, por haber premuerto el padre de aquellos, ocupando su lugar.

En cuanto al Código Civil Alemán y a las legislaciones que se han inspirado en él, no tratan la representación; pero aceptan la sucesión de los descendientes “por estirpe”, en caso de muerte anterior de una persona con relación a la que le sobreviene. Tal sustentación ha sido producto de un largo proceso evolutivo,

fundamentado en la máxima: “cuanto más cerca de la sangre, más cerca de la herencia”.

Según el criterio de Roberto Suárez Franco la regla según la cual “entre parientes correspondientes al mismo orden sucesorio, el más próximo en grado excluye al más remoto”. Sería lo mismo decir que la representación viene a ser: “la imagen presente de la persona ausente”, o “absentis alicujus proesentis imago”.

A nivel personal estamos en capacidad de comentar lo interesante que ha sido el estudio de la materia y los aprendizajes adquiridos producto del estudio realizado. Ciertamente es, que el tema derecho de representación es muy extenso y que sin duda alguna podríamos profundizar más en cada una de sus características, incluso realizando un estudio profundo e individualizado de su fundamento. Sin embargo, el objeto de este trabajo, es el de tener una visión general para poder entender en qué consiste el derecho de representación y su posible aplicación en los procesos sucesorios testados, centrándome más profundamente en la materia judicial y la positivización del tema, en la jurisprudencia y sobre todo en la doctrina, para resolver cuestiones que pueden resultar bien conflictivas o de difícil interpretación conforme a ciertas redacciones de los preceptos legales.

Por ello, proponemos que nuestro tribunal Corte Suprema de Justicia, declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 781 de Código civil panameño, en lo que respecta al premuerto y se incluya en nuestro derecho positivo disposiciones que, de manera expresa, permitan a los herederos del premuerto concurrir con sus tíos a la herencia de su difunto padre, asignándoles así la parte que le correspondía a su difunto padre, ello conforme a la justicia y la equidad.

Consecuencia de lo anterior, proponemos que se incorpore al Código Civil, fundados en criterios de justicia y equidad, una norma que positivice la conmorienencia en materia de sucesión testada y sea expresamente incluidos y regulados en el Título Décimo Sexto del Libro Cuarto del Código Civil.

Un sin número de códigos modernos, producto de la realidad social han tenido que recurrir a reformar su derecho positivo, “caso de España”, y han introducido disposiciones expresas, que prohíben y sancionan el abuso del derecho y han tenido que tomar medidas preventivas, con el fin de evitar el derecho injusto, y no positivar la conmorienencia en los procesos sucesorios testados es incurrir en el derecho injusto, se debe positivar la conmorienencia, ya que ello establece un límite al ejercicio abusivo del derecho y garantiza el respeto de los derechos de los desprotegidos, siempre y cuando el disponente no manifieste lo contrario el derecho de representación debe tener prevalencia sobre el derecho de acrecer.

Positivizar la conmorienencia trae consigo contar con instrumentos adecuados para lograr protección del interés social familiar, ya que ello permite que la familia privilegiada pueda continuar gozando del patrimonio familiar; lo contrario sería incurrir en un inminente hecho dañoso, que no tiene efecto reversivo; la tendencia en la sociedad moderna camina hacia las acciones preventivas eliminando el injusto jurídico y transita hacia la objetivación de sus reglas relativas al derecho de daño y de protección de la persona.

La relación que mantiene el Derecho de representación con el Derecho de acrecer no ha sido un tema estudiado de manera sistemática, menos aún las razones y consecuencias de su separación, aun cuando la mayor parte de los tratadistas reconocen y se refieren a los orígenes de estas instituciones sin

reflexionar sobre los fines y las consecuencias jurídicas de implementar una y desatender los intereses de la otra.

LA NECESIDAD DE POSITIVAR LA PREMORIENCIA EN LOS PROCESOS SUCESORIOS TESTADOS

La importante evolución que ha tenido el derecho sucesorio en todo su contexto producto de la postmodernidad, el nacimiento de nuevas fuentes de derecho, los diferentes criterios jurisprudenciales y el aporte significativo de las diferentes corrientes doctrinales y sobre todo la protección del interés familiar, **SUSTENTADO SOBRE PRINCIPIOS COMO EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA, SOLIDARIDAD, EQUIDAD, Y SOBRE TODO LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**, justifican la adopción de medidas legislativas que sistematicen la premoriencia en el derecho de representación testado, como una forma de transferir el dominio de los bienes, tomando como fundamento el orden sucesoral y que ello excluya el derecho de acrecer cuando no sea absolutamente necesario. Así pues, la ausencia en nuestra legislación de parámetros precisos al respecto, impone la necesidad de positivizar la premoriencia con prelación al derecho de acrecer.

Partiendo de la premisa básica de que el Derecho de Representación no agota en su regulación positiva todos los aspectos inherentes a las relaciones que pretende regular, el problema central del estudio planteado es determinar si los planteamientos consagrados en el Derecho de Representación constituyen la respuesta a todas las interrogantes que la aplicación del Derecho de acrecer en un momento determinado podría resolver, o si, por el contrario, se hace necesaria la formulación de una teoría general del derecho que sirva de base para subsanar las posibles incongruencias que se den producto de formalidades

jurídicas reguladas por el Derecho Civil, taxativamente artículo 781 C.C.P. y que de una manera u otra perjudican el entorno social familiar tan importante para mantener la paz y la seguridad de la familia.

ARTICULO 60 de la Constitución de Panamá dice: Los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Todos los hijos son iguales ante la Ley y tienen el mismo derecho hereditario en las sucesiones intestadas. La Ley reconocerá los derechos de los hijos menores o inválidos y de los padres desvalidos en las sucesiones testadas.

Artículo 378 Código de Familia. Están obligados a darse alimentos recíprocamente

1. Los Cónyuges

2. Los ascendientes y descendientes y los hermanos cuando sea absoluta mente necesario.

Artículo 1214, del Código Civil colombiano dice:

El testador podrá, en todo caso prohibir el acrecimiento.

► **Artículo 766**, Código Civil español dice:

El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

► **Artículo 761**, Código Civil español dice:

Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima.

► **Artículo 857**, Código Civil español dice:

Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.

► **El artículo 814**, Código Civil español dice:

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

► **Artículo 679**, Código Civil peruano dice:

► En la herencia que corresponde a los descendientes los hijos representan a sus padres que han fallecido y gozan de los derechos que éstos tendrían si viviesen.

► Igual la representación existe cuando los padres han renunciado una herencia o la han perdido por indignidad o por desheredación.

► **Artículo 467**, Código Civil italiano dice:

► La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente (Cod. Civ. 564 3° comma, 740), in tutti i casi in cui questi non può (Cod. Civ. 4, 463) o non vuole (Cod. Civ. 459, 519) accettare l'eredità o il legato (Cod. Civ. 522, 523, 649). La representación toma el lugar de los descendientes legítimos o naturales en el lugar y grado de su ascendente, en todos los casos en que estos no pueden o no quieren o no acepten la herencia o el legado instituido.

La no positivización de la premoriencia en los procesos sucesorios testados produce un daño inconmensurable a la familia, toda vez que afecta derechos fundamentales, se desprotege a la familia que es lo más importante que

existe en la vida del ser humano. No hay valor superior a la familia, en la familia están inmersos los principios fundamentales del ser humano y el que irrespete a la familia atenta contra el principio pro omnis. No hay nada que esté por encima de la dignidad del ser humano, ya que de ella derivan todos y cada uno de los derechos fundamentales de la especie humana.

Por todo lo anteriormente dicho consideraciones se debe ser más acucioso respecto al tema planteado y que se declare inconstitucional de manera parcial el artículo 781 del Código Civil en lo que se refiere a la premoriencia y se debe positivizar la premoriencia fundamentada en valores jurídicos como el principio pro omnis o respeto a la dignidad humana, la solidaridad, la equidad, la protección entre los parientes, la justicia y otros.

BIBLIOGRAFÍA

❖ Códigos nacionales consultados

Código Civil de la República de Panamá, edición Publicada por José Martín Moreno Pujol, Editorial Mizrachi y Pujol, S.A. Bogotá, Colombia, 2018.

Código de Trabajo de la República de Panamá, Edición Publicada por Jorge Fábrega P. Y otros. Editorial Litho impresora Panamá, S.A., Panamá, 1995.

Código Penal de la República de Panamá, Edición Publicada por José Martín Moreno Pujol y Pina Mizrachi, Moreno, Pujol S.A. Santa Fe, Bogotá, 1992.

Código Judicial de la República de Panamá, con Epígrafes, relaciones internormativas, interordinamentales y de Derecho Internacional, Versión preparada por Dr. Miguel A. Espino, Panamá, 2010.

Código de Comercio de la República de Panamá, edición Publicada por José Martín Moreno Pujol, Editorial Mizrachi y Pujol, S.A. Bogotá, Colombia, 2009.

❖ Leyes consultadas

- 1- Ley 42 de 7 de agosto de 2013 “Ley General de Pensión Alimenticia”
- 2- Ley 10 de 22 de enero de 1998, Se establece el Procedimiento de los Derechos de Los Servidores Públicos para que sean devueltos a sus familiares.
- 3- Ley 22 de 30 de diciembre de 1985, modifica el Título V del Libro IV del Código Fiscal.

❖ Fallos de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Panamá, consultados:

- 1- Alejandro Duque Villarreal, Tomas Duque Villarreal y otros; Tomas Gabriel Altamirano Duque, Gabriela Altamirano Duque y Otros; Y Eduardo Gormaz Typaldos y Otros, recurren en Casación en el Proceso de Sucesión Intestada de Carmina Adela Duque Gómez (Q.E.P.D.). Ponente: Oydén Ortega Durán.
- 2- Didio Augusto Guiraud Bernal recurre en Casación en el Proceso Ordinario de Prescripción Adquisitiva de Dominio que le sigue a los presuntos Herederos de Leopoldo Guiraud Paredes (Q.E.P.D.). Ponente: Oydén Ortega Durán.
- 3- Luis Olmedo Bernal Ortega recurre en Casación en el Proceso Sumario de reclamación de Herencia propuesto por Catalino Abdías Bernal Lasso. Magistrado Ponente: Alberto Cigarruista Cortez.
- 4- Rubén Darío Rodríguez Delgado recurre en Casación en el Proceso Ordinario de Prescripción Adquisitiva de Dominio que le sigue Eladio Delgado Antunez. Magistrado Ponente: Rogelio

Fábrega Z. o José Manuel Aguilar Arauz recurre en Casación en el Proceso Ordinario de oposición a Título que le sigue Gladys Aguilar Villareal. Ponente: Oydén Ortega Durán.

- 5- Diana Ramírez De Arellano en representación de sus Menores Hijas María José Vásquez Ramírez y María Jesús Vásquez Ramírez interpone Recurso de Revisión contra la Sentencia N° 13 del 14 De febrero de 1999 dictada por el Juzgado Tercero del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, dentro del Proceso Ordinario Declarativo propuesto por Inés Catherine Vásquez Sáenz y Carina Vásquez Sáenz contra José Beladino Vásquez Vásquez. Magistrado Ponente: Eligio A. Salas.

❖ Diccionarios Jurídicos consultados.

1- CABANELLAS, Guillermo. (1989). "*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*". Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina.

2- Gómez de Liano, Fernando, "Diccionario Jurídico", Ediciones Jurídicas Cuyo. Chile 2002.

❖ Otros documentos consultados.

1- Carrillo Recuero, Rogerio De Ma. "Derecho de Sucesiones" Universidad de Panamá. Año 1980.

❖ Legislación Extranjera consultada

Código Civil Colombiano, Ediciones Ecoe Rogelio Enrique Peña, Santa Fe Bogotá.

Código Civil de la República Dominicana. Leyes que modifican y complementan, Décima edición preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña, Santo Domingo, República Dominicana, 1991.

Código Civil de Venezuela Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Copia de la Gaceta Oficial No. 2990 extraordinaria de 25 de julio de 1982. Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 1984.

Código Civil, Código de Procedimientos civiles y leyes afines, actualizado por Ricardo Mendoza Orantes, El Salvador. 1992.

Código Civil Paraguayo, colección legislación Paraguaya, Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 1992.

Código Civil República de Honduras, Editor Centro Técnico Tipo litográfico Nacional CATTNA, 1991.

Código Civil D. L. No. 12760 de 8 de agosto de 1975, concordado, editado por Servando Serrano Torrico, Cochabamba, Bolivia, 1992.

Código Civil de Costa Rica, Investigación Jurídica, S.A., San José, Costa Rica, 1992.

Nuevo Código Civil, Decreto Legislativo no. 295. Edificación actualizada – Ediciones y distribuciones Berrio, Lima – Perú 1992.

Código Civil, República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992.

Código Civil, República Argentina, Editor Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Código Civil Español, Edición preparada por César Sempere Rodríguez, Duodécima edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid – España, 1993.

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley No. 106. Jiménez Ayala Editores, Guatemala – Guatemala, 1992.

❖ Libros consultados.

ALBALADEJO, Manuel. (1994). *“Derecho Civil”, Derecho de obligaciones.* Barcelona, Bosch. España.

_____. (1970). "Compendio de Derecho Civil". Librería Boch. Barcelona, España.

_____. (1963). "El Albaceazgo en el Derecho Español". Editorial Tecnos, Madrid, España.

_____. (1961). "*Institución de Derecho Civil, Parte General y Derecho de Obligaciones*". Editorial Bosch, Barcelona España.

_____. (1956). "Sustituciones Hereditarias". Editorial Gráfica Summa. Oviedo, España.

ALESSANDRI BESA, Arturo. (1949). "La Nulidad y la Rescisión en el Código Civil Chileno". Imprenta Universitaria, Santiago, Chile.

AROSEMENA de T., Esmeralda. (2007). "Manual de Derecho Sucesoral panameño". I Edición. Dirección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial.

ARROYO Camacho, D. (1997). "*Contratos Civiles*". Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá.

BAENA Apegui, M. (1992). "*Curso de Obligaciones*". Ediciones Librería del Profesional Bogotá, Colombia.

BONASI Benucci, E. (1985). "*La Responsabilidad Civil*". Editorial Bosch, Barcelona, España.

BUSTAMANTE Alsina, J. (1993). "*Teoría General de la Responsabilidad Civil*". Editorial Abeledo Pérrot, Buenos Aires, Argentina.

CASTÁN, V., José M. (1962). "La Constitución del Albaceazgo en el Derecho Comparado y en el Derecho Español". Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1962.

CAFERATA, José L. "El Albacea Testamentario en el Derecho Argentino". Argentina, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1952.

CÁRDENAS, Villareal, H. (2005). "*Reflexión sobre la teoría de imputación objetiva y su aplicación en el ámbito del derecho de daños*". Librería Jurídica Sánchez, Medellín, Colombia.

CARRIOZA Pardo, Hernando. (1961). "Las Sucesiones". Ediciones Lerner, Bogotá, Colombia.

CICU, Antonio. (1959). "El Testamento". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

DE IBARROLA, Antonio. (2008). "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa. México.

DIEZ PICAZO, Luis. (1967). "Lecciones de Derecho Civil". Tomo IV. Derecho de Sucesiones. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho. Copigraf. Madrid, España.

DOMÍNGUEZ B. Ramón y DOMÍNGUEZ Águila Ramón. (1998). "Derecho Sucesorio" Tomo II, Editorial Jurídico De Chile.

ESPINOSA G., Jacinto. (2014). "Transmisión Matrimonial Mortis-Causa. Régimen Jurídico Sucesorio". Universidad de Panamá.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. (1970). "Manual de Derecho Civil Español". Tomo V Sucesiones. Tercera Edición. Editorial de Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

FERNÁNDEZ, Sessarego C. (1999). "*Abuso Del Derecho*". Editorial Grijley, Lima, Perú.

FINGERMANN, G. Lógica. (1975). "*Teoría del Conocimiento*". Editorial Librería El Ateneo, Buenos Aires, Argentina.

FIGUEROA, Yáñez, G. (2004). "*El principio de precaución frente a los viejos conceptos de responsabilidad civil*". Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

GANGI, Calosero. (1962). "La Sucesión Testamentaria". Real Vigente Diritti Italiano. Seconda Edigione. Reviduta e Amplinta. Guiffi Editore. Milano, Italia.

GATTI, Hugo. (1956). "ALBACEA". Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Montevideo. Uruguay.

GÓMEZ I, Justo J. (1970). "Problemas Fundamentales del Ejercicio del Albaceazgo". Instituto Editorial Reus. Madrid, España.

GONZÁLEZ de Cancino, E. (2007). "*Obligaciones Derecho Romano y Código Civil Colombiano*". Colombia: Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

HERNÁNDEZ, Cardona (1991). "*La Responsabilidad Médica ante la Ley*". Bogotá, Colombia.

HERNÁNDEZ, Luis. (2003). "*Autonomía y ciudadanía incompleta*". *El pueblo mapuche en Chile y Argentina*. Santiago, Pehuén Editores.

ILLUECA, Jorge. (1991). "*Síntesis Histórica de la Codificación Civil Panameña*". Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional.

JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. (2016). "Sucesiones, Procedimiento y Trámites ante Jueces y Notarios". Quinta Edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C. Colombia.

JOSSERAND, Luis. (1950). "*Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*". Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía.- Editores, Buenos Aires, Argentina.

_____. (1946). "*El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*". México: Puebla.

_____. (1982). "*Del Abuso de los Derechos y otros ensayos*". Bogotá: Editorial Temis.

JOVANÉ, Jaime. (1993) "*Jurisprudencia Civil al Día*". Panamá: Edit. Publican Panamá.

KIPP, Theodor. (1976). "Derecho de sucesiones". Tomo V, 2ª Edición, Casa Editorial Bosh, Barcelona, España.

LACRUZ B. José L. y SANCHO R. Francisco de Asis. (1998). "Derecho de Sucesiones". Tomo I. Parte General Sucesión Voluntaria, Bogotá, Colombia.

LAFORNT P. Pedro. (2006). "Derecho de Sucesiones" tomo I. VIII Edición. Colombia.

LÓPEZ, V, RAMÓN. (1983). "Configuración Jurídica del Albacea en el Derecho Español en Estudios de Derecho Civil." Tomo VI. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, España. 1

LACRUZ Berdejo, L. (1999). "*Elementos de Derecho Civil*". Edit. Dykinson, Madrid, España.

MARTIN Casals, M. (2007). "*Una primera aproximación a los Principios de derecho Europeo en Responsabilidad Civil*". En indret Revista, para el análisis del derecho.

MARTÍNEZ, Rave, G. (1993). "*Responsabilidad Civil extracontractual en Colombia*". Medellín: Edit. Biblioteca Jurídica Dike.

MARÍNEZ Sarrión, Á. (1993). "*Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*". Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona España.

MAFFIA, Jorge. (1993). "Manual de Derecho sucesorio". Tomo 1, 11, 3ª Edición, Buenos Aires, Ediciones Del Palma.

OSSORIO M, Juan. (1957). "Manual de Sucesiones Testadas". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España.

PUIG, B. JOSÉ. (1963). "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo V. Volumen I. Casa Editorial Boch. Barcelona, España.

PUIG FERRIOL, LUIS. (1967). "El Albaceazgo". Casa Editorial Boch. Barcelona, España.

PUIG PEÑA, Federico. (1974). "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo V, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

PUIG PEÑA, Federico. (1964). "*Tratado de Derecho Civil, Obligaciones Civiles*". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.

RAMÍREZ Fuentes. (2003) "Sucesiones" V Edición. Editorial Times S.A. Colombia.

RODRÍGUEZ, A. Bustamante. L. (1965). "*Derecho de Obligaciones*". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.

ROCA Sastre, RAMÓN María. (1998) "Derecho de sucesiones". Editorial Reus. Madrid, España.

ROMERO C., Abelardo. (1983). "Curso de Sucesiones". 2ª Edición, Bogotá, Ediciones Librería el Profesional.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel. (1957). "Sucesión Mortis Causa". Imprenta Suarez. Sevilla, España.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. (2003). "Derecho de Sucesiones" IV Edición Editorial Times S.A. Bogotá, Colombia.

_____ (2015). "Derecho de Sucesiones" Sexta edición, Editorial Times S.A., Bogotá, Colombia.

TAMAYO L. Alberto. (2008). "Manual de las Sucesiones Mortis Causa". Ediciones Doctrina y Ley, LTDA.

ZANNONI, Eduardo. (1992) "Manual de Derecho de las Sucesiones". 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea.

VALENCIA ZEA, A. (1986). "*Derecho Civil, de las Obligaciones*". Bogotá: Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

VERVEL ARIZA, Carlota. (2007). "Manual de Derecho Sucesoral". Primera edición, Editorial Leyer, Bogotá-Colombia.

ANEXO

**Sentencia Civil de Corte Suprema de Justicia (Pleno), 1ª de lo Civil,
3 de Julio de 2001 (caso Recurso de revisión de la Corte Suprema de
Justicia - Sala Primera de lo Civil -, de 03 de Julio de 2001)**

Ponente: ELIGIO A. SALAS

Fecha de Resolución: 3 de Julio de 2001

Emisor: Primera de lo Civil

Compartir

RESUMEN

DIANA RAMÍREZ DE ARELLANO EN REPRESENTACIÓN DE SUS MENORES HIJAS MARIA JOSÉ VÁSQUEZ RAMÍREZ Y MARIA JESÚS VÁSQUEZ RAMÍREZ INTERPONE RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LA SENTENCIA N°13 DEL 14 DE FEBRERO DE 1999 DICTADA POR EL JUZGADO TERCERO DEL CIRCUITO DE LO CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMÁ, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DECLARATIVO PROPUE... (ver resumen completo)

ÍNDICE

Contenidos

- [Segundo](#)
- [Tercero](#)
- [Fundamento de Derecho](#)

CONTENIDO

VISTOS:

El licenciado S.U.M., actuando en nombre y representación de D.R.D.A. quien a su vez actúa en representación de sus menores hijas M.J. y M.J.V.R., ha interpuesto recurso de revisión la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999 dictada por el Juzgado Tercero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial dentro del proceso ordinario declarativo propuesto por I.C.V.S. y C.V.S. contra J.B.V.V..

El presente recurso de revisión fue admitido por esta S., luego de que el recurrente consignara la fianza requerida, por lo que se notificó del mismo a las partes del proceso que presentaron escrito de contestación al recurso de revisión.

Posteriormente, se realizó la Audiencia oral (fs.234 a 258) ante esta sala de la Corte y, finalmente las partes presentaron sus alegatos finales, como consta a fojas 259 y 265 respectivamente.

Corresponde decidir si este recurso resulta fundado o no, previas las siguientes consideraciones:

RECURSO DE REVISION:

En los hechos que fundamentan la solicitud de revisión de la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999 del Juzgado Tercero de Circuito Civil, se establece lo siguiente:

1- I.C.V.S. y C.V.S. instauraron proceso ordinario declarativo, ante el Juzgado Tercero de Circuito Civil, contra su hermano y coheredero J.B.V.V. a fin de que fuera declarado indigno para heredar a su padre M.V.L. (Q.E.P.D.) dentro del respectivo proceso sucesorio; solicitaron además que la cuota parte que le correspondiere, luego de declarado indigno, acreciese las de ellas para tomar posesión de la totalidad de los bienes herenciales.

2- Que, mediante sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999, el Juzgado Tercero, en ausencia de J.B.V.V., formuló las declaraciones solicitadas.

3- Que, una vez ejecutoriada la sentencia, el mismo J. de la causa dictó el auto adjudicatorio No.1323 de 21 de mayo de 1999 dentro del proceso sucesorio de M.V.L. (Q.E.P.D.), adjudicando a las herederas declaradas I.C. y C.V.S., "a título de herencia y por partes iguales", todos los bienes contenidos en el testamento, ordenando la entrega de dineros existentes en cuentas bancarias a nombre del causante.

4- Dicha sentencia atenta contra los intereses de la menores M.J. y M.J.V.R., hijas de J.B.V.V., a las cuales por ley les corresponde heredar la parte de la herencia que su padre no puede heredar por indignidad conforme lo establece el [artículo 644](#) del [Código Civil](#).

5- Que el juzgador de la causa ha ignorado el hecho de que las hermanas VASQUEZ RAMIREZ existen, pues sabía de las pretensiones de estas de heredar la parte alicuota que su padre no podía recibir por indignidad, toda vez que EL 29 DE ABRIL DE 1997 presentaron un Incidente de Inclusión de herederos en el proceso sucesorio de M.V. LOPEZ (Q.E.P.D.) para ser consideradas herederas de su abuelo luego de declarada la indignidad de su padre.

6- Dicho incidente fue rechazado de plano debido a que aún no se había declarado la indignidad de J.B.V.; sin embargo, en el proceso declarativo donde se solicitó la indignidad no se llamó a las presuntas herederas de JOSE BELADINO VASQUEZ por parte de las solicitantes de la declaratoria de indignidad ni por el Juez, a pesar que éste tenía conocimiento de la pretensión en ese sentido.

7- También se advierte, como punto revisable, el hecho de que el defensor de ausente, que representó al declarado indigno, se le notificó de la demanda un mes y un día antes de la sentencia, pues la misma es de 4 de febrero de 1999 y el defensor se notificó el 5 de enero de 1999, "lo que es causa de nulidad. Amen de todo lo arriba expuesto".

8- Que en ningún momento las menores V.R. fueron llamadas o emplazadas en el proceso que solicitó la indignidad y el "derecho de acrecer", tal como lo establece el numeral 9 del artículo 1189 del Código judicial.

Con este recurso se presentaron como pruebas los siguientes documentos:

1- Copia autenticada de la sentencia No. 13 de 4 de febrero de 1999 dictada por el Juez Tercero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito de Panamá dentro del proceso ordinario declarativo propuesto por I.C. y C.V.S. contra J.B.V.V..

2- Copia simple del auto No.1323, dictado por el Juzgado Tercero que adjudica los bienes del proceso sucesorio de M.V.L. (Q.E.P.D.) a las hermanas CARINA e I.V.S..

3- Copia simple del Incidente de inclusión de herederos, que consta de 18 folios, que fue rechazado de plano por el Juez Tercero de Circuito.

4- Copia simple del testamento otorgado por M.V.L. (Q.E.P.D.).

5- Actas de nacimiento de las menores M.J. y M.J.V.R..

6- Copia autenticada del poder general para pleitos otorgado por la solicitante a favor del licenciado S.U.M..

Así, el recurso se fundamenta en las causales de revisión que establecen los numerales 7 y 9 del artículo 1189 del Código Judicial, en concordancia con los artículos [1192](#) y [1193](#) del mismo Código y los [artículos 644](#) del [Código Civil](#) y 334 del [Código de la Familia](#). Veamos lo que expresan algunas de las citadas normas:

ARTICULO 1189. Código Judicial.

Habrá lugar a la revisión de una sentencia dictada por la Corte Suprema por un Tribunal Superior o por un Juez de Circuito, cuando se trate de procesos de única instancia o cuando aún existiendo el recurso de apelación, éste no se haya surtido por cualquiera de los siguientes motivos:

1. ...

7. Si existe nulidad en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible del recurso;

...

9. Si una parte afectada con la sentencia no fue legalmente notificada o emplazada en el proceso, siempre que en uno y otro caso no haya mediado ratificación expresa o tácita de dicha parte, ni el objeto o asunto hubiese debatido en el proceso.

...

ARTICULO 1193.

Tienen derecho a interponer el recurso de revisión las partes en los procesos o sus herederos o causahabientes y aquellas personas que pueden ser perjudicadas por la resolución recurrida.

[ARTICULO 644. Código Civil.](#)

Si el excluido de la herencia por incapacidad o por haberla repudiado fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la herencia.

[ARTICULO 334. Código de la Familia](#)

"Los padres administrarán los bienes de los hijos o hijas con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones de todo administrador.

De la administración paterna se exceptúan:

1. ...

2. Los bienes adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el

causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado;

3. ..."

CONTESTACION AL RECURSO DE REVISION:

Por su parte los apoderados judiciales de CATHERINE y C.V.S., para contestar los planteamientos expresados en el recurso de revisión, manifiestan fundamentalmente lo siguiente:

Aceptan que en el Juzgado Tercero de Circuito de Panamá se llevó a cabo el proceso de indignidad de J.B.V.V., dentro del cual se profirió la Sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999, y donde también se decidió el proceso de sucesión testamentaria de M.V.L. (Q.E.P.D.).

Niegan que una tercera parte de la herencia corresponda a la menores M.J. y M.J.V.R., hijas de J.B.V.V., "por cuanto que la indignidad se trasmite a los descendientes o ascendientes consanguíneos del indigno"(fs.66). En este sentido, continúa alegando el opositor que, tales menores representadas por su madre, no tenían que ser llamadas al proceso por las siguientes razones: "una porque la madre de las menores D.R. de A. concurrió al proceso sucesorio en representación de sus hijas" y "dos porque ellas no pueden representar a su padre indigno y vivo".

Sobre la indignidad explican que es una sanción civil impuesta al heredero culpable de haber inferido un agravio grave al De Cujus. Tal sanción representa la exclusión de toda asignación testada o intestada al indigno, por las causas que establece la ley (art.641 C.Civil).

En consecuencia, concluye el opositor sosteniendo que, si una vez pronunciada la indignidad se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia, es como si no hubiese tenido nada jamás y "por consiguiente es lógico y razonable (sic) que quien no ha tenido nada jamás pueda delegar en una persona un derecho que jamás adquirió"(fs.66). También recuerda que la indignidad no opera como la incapacidad, pues éste es un concepto general, mientras que la indignidad es un concepto de carácter particular que se refiere a un hecho determinado y alcanza a cualquier asignatario, ya sea heredero abintestato o testamentario.

También se alega que D.R.D.A. ha concurrido en dos ocasiones al Juzgado Tercero de Circuito Civil de Panamá, siendo que anteriormente esa dependencia resolvió dentro de las garantías procesales existentes y que en la actualidad se encuentra pendiente un proceso sumario que instauró el 6 de julio de 2000, con las mismas partes y hechos que fundamentan el presente recurso de revisión.

Finalmente señala que el apoderado de las demandantes se notificó el 4 de febrero de 1999 y lo que se dice sobre el defensor de ausente es una apreciación intrascendente del demandante. Concluye reiterando que las hijas de J.B.V.V. no tienen ningún derecho a heredar los bienes del indigno "dado que la indignidad declarada por el Juez es una sanción particular aplicada a determinada sucesión o herencia y por tanto acrece a los otros herederos en este caso testamentario".

Con el escrito de contestación se adjuntaron las siguientes copias simples:

1- Copia de la sentencia de 4 de febrero de 1997 dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, por la cual se condena a J.B.V.V. a 20 años de prisión por el Homicidio de su padre M.V.L. (fs.122), y copia de la sentencia de 15 de mayo de 1998 dictada por la Sala Penal de la Corte que confirma dicha sentencia (fs.134).

2- Copia del proceso sumario que cursa en el Juzgado Tercero de Circuito de Panamá (fs.86).

3- Copia del fallo del amparo de garantías constitucionales, de 22 de septiembre de 2000, propuesto por H.V.F. contra el Auto No.1323 de 21 de mayo de 1999 que declaraba herederas a las hermanas V.S. (fs.72)

4- Copia del Auto 1162 de 29 de abril de 1997, dictado por el Juzgado Tercero de Circuito, que rechaza el Incidente de Solicitud de Declaratoria de herederas presentado por D.R.A. en representación de sus hijas menores M.J. y M.J.V.R. (fs.69).

Una vez contestado el presente recurso de revisión se fijó fecha para la realización de la audiencia oral entre las partes, la cual se efectuó en el tiempo acordado, como consta en el acta que figura de fojas 234 a 258 de este expediente, de la que podemos destacar los siguientes aspectos de importancia:

AUDIENCIA ORAL:

Inicialmente, el Magistrado Presidente de la Sala Civil preguntó a los abogados de las partes si tenían pruebas que practicar. El abogado de la recurrente señaló que se ratificaba en las pruebas documentales que presentó con el recurso. El apoderado de la parte opositora presentó las mismas pruebas documentales que aportó con el escrito de contestación al recurso, pero autenticadas. En cuanto a las mismas, el apoderado de la revisionista objetó la prueba consistente en el fallo de la Corte dictado dentro de una acción de amparo que presentó un abogado de la localidad, acción que, a pesar de haberse dirigido contra la resolución que adjudicó los bienes de la sucesión, no guarda ninguna relación con el proceso de revisión que se ventila, por lo que la calificó de inconducente. También objetó como inconducente las copias del proceso sumario que se ventila entre las mismas partes en el Juzgado Tercero de Circuito, pues sostiene que son dos causas distintas, ya que mediante el proceso sumario se está tratando de introducir a las niñas dentro del proceso de sucesión y con el presente recurso de revisión se está impugnando la sentencia dentro del proceso ordinario declarativo, por lo que a su juicio esa prueba no tiene ninguna relación con este proceso.

Posteriormente, se concedió a las partes la oportunidad para que formularan sus alegatos, respecto a los cuales mencionaremos los señalamientos relativos a lo que se debate en este recurso de revisión. Veamos:

El licenciado S.U. expresó que actuaba como apoderado judicial de D.R. de A., la cual representa a sus hijas menores M.J. y M.J., habidas con J.B.V.V. quien fue declarado indigno en proceso ordinario declarativo que se llevó a cabo en el Juzgado Tercero de Circuito, culminando con sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999, la cual se está atacando mediante recurso de revisión en base a las consideraciones que pasa a detallar.

Alega el abogado que no se está cuestionando la sentencia penal que condenó al señor V.V. por la muerte de su padre, ni mucho menos la declaratoria de indignidad que se dio en proceso posterior; lo que se acusa es que en dicho proceso el J. se extralimitó al reconocer a favor las demandantes I.C. y C.V.S. un derecho de acrecer que no les correspondía.

En ese sentido explica que el [numeral 2](#) del artículo [641](#) del [Código Civil](#) sirvió de asidero legal a las demandantes para declarar indigno a J.B.V.V., pues esta norma establece que "Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 2. el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes" y, como es sabido, el señor J.B.V. fue condenado por dicha causa mediante sentencia ejecutoriada, lo cual no se discute. Sin embargo, se argumenta que el J. ignoró la disposición del [Código Civil](#) que establece un derecho a favor de las menores hijas del indigno, que es el artículo 644 que

estipula: "Si el excluido de la herencia por incapacidad o por haberla repudiado fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la herencia". De manera que el motivo de la presente causa revisora es el restablecimiento del derecho que pertenece a las niñas, según la citada norma legal, ignorada por la decisión impugnada.

El abogado de la parte recurrente también menciona el contenido de otras normas que guardan relación con la anteriormente citada, como son los artículos [660](#) y [781](#) del [Código Civil](#), que preceptúan lo siguiente:

Artículo 660. No podrá representarse a una persona viva sino en los casos en que el representado sea incapaz para suceder por causa de indignidad.

"Artículo 781. El heredero que muera antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en el artículo 644".

Al analizar estas disposiciones legales, el apoderado judicial se preguntó por qué se ignoró el hecho de la existencia de las hijas del heredero declarado indigno dentro del proceso, pues ni siquiera fueron llamadas, cuando las mismas tienen un derecho de representación especial que se da solamente en caso de indignidad. Debido a ello se les ha causado un daño grave, ya que luego de ejecutoriada la sentencia en el proceso de indignidad, el mismo juez dictó el Auto 1323 dentro del proceso sucesorio adjudicándole a las hermanas I. y C.V.S. la totalidad de los bienes hereditarios.

En apoyo a lo planteado aludió a disposiciones extranjeras sobre este tema, citando como ejemplo el artículo 670 del Código Civil Peruano que dice: "La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación". También mencionó el artículo 761 del Código Civil Español y los artículos 1033 y 1034 del Código Civil Colombiano.

Para finalizar, reiteró lo que se pretende mediante el proceso de revisión, que consiste en que se restablezca el derecho de las menores, se elimine de la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999 la parte que dice derecho de acrecer y se reconozca el derecho de representación de las hijas del declarado indigno.

Posteriormente se le concedió la oportunidad al L.M.T.H., quien actúa como apoderado de I.C. y C.V.S., para que hiciese su alegato oral en la audiencia. Entre los señalamientos que hizo destacaremos los que guardan relación con esta causa:

En primer lugar, alega que se opone al presente recurso de revisión porque existe un proceso sumario en el Juzgado Tercero entre las mismas partes y por la misma causa, de lo cual presentó prueba, lo que evidencia que se trata de confundir a los tribunales.

Respecto al fondo del recurso de revisión por el cual se solicita la revocatoria del acrecimiento de la herencia en beneficio de sus representadas, sostiene que el demandante-recurrente fundamenta toda su argumentación en el [artículo 644](#) del [Código Civil](#) que liga con el 660 para efectos de la representación, pero que debe hacerse una diferenciación: las causas de indignidad están consagradas en el artículo 641 y no en el 644 que se refiere a causas de incapacidad y, con respecto a J.B.V.V., surte efecto la causal de indignidad que establece el numeral 2 del artículo 641, porque fue condenado a 20 años por un jurado de conciencia, lo cual ratificó la Corte.

También el abogado opositor indica que hay que tener presente que se trata de una sucesión testamentaria, no intestada, por lo que se exige la manifestación de voluntad del causante, por

eso los artículos 663a, 663b y los siguientes señalan que en las sucesiones testamentarias la parte del que no quisiera o no pudiera suceder acrecerá a los demás herederos. Sostiene que la norma de acrecer es la que se liga directamente con el artículo 641, lo cual no lo inventó el J. sino que es lo que dice nuestro derecho y la doctrina extranjera.

Continúa argumentando que no hay un error de interpretación, que en este caso se ha incurrido en indignidad que es diferente a las incapacidades a que alude el 641 que se refiere a hechos de la naturaleza o hechos biológicos del ser humano, que se prueban con peritos o médicos, mientras que la indignidad se tiene que probar con sentencia judicial.

En la segunda oportunidad para intervenir concedida al apoderado de la revisionista éste aludió a que hubo cierta maquinación fraudulenta para despojar a las niñas de lo que les correspondía de la herencia, toda vez que, cuando se presentó en primera instancia esta misma solicitud para que se les reconocieran sus derechos, dicha solicitud fue resuelta el mismo día de su presentación, mediante Auto 1162 de 29 de abril de 1997, sin darle traslado a la otra parte.

También argumenta que no podían apelar en el proceso ordinario declarativo propuesto para que se declarara la indignidad de J.B.V., pues no eran los apoderados del mismo, pues había un defensor de ausente, el cual fue mal notificado de la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999. La notificación fue hecha el 5 de enero de 1999 cuando aún no se había dictado la resolución. Continúa alegando que las menores a las que representa nunca fueron llamadas al proceso ordinario declarativo, por lo que no podían apelar del fallo que en el se dictase, de forma tal que, para que el mismo se revoque han tenido que utilizar el proceso de revisión, implicando en esta la revocatoria del derecho de acrecer mal otorgado a través del auto adjudicatorio No.1323 de 21 de mayo de 1999, que se dictó como consecuencia de la sentencia impugnada.

Los apoderados de ambas partes presentaron sus alegatos finales por escrito, como se puede constatar a fojas 259 a 264 (recurrente) y a fojas 265 a 272 (opositor).

Corresponde entonces a esta S. decidir lo de lugar.

DECISION DE LA CORTE:

En primer lugar, esta S. ha podido apreciar en el libelo del recurso de revisión que este se fundamenta en dos de las causales establecidas por el artículo 1189 del Código Judicial, las que establecen los numerales 7 y 9. Estos numerales fueron transcritos inicialmente y básicamente aluden a que no haya podido surtirse la apelación contra la respectiva sentencia porque exista nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso (numeral 7) o que una parte afectada con la sentencia no fue legalmente notificada o emplazada en el proceso (numeral 9).

De los nueve hechos que se expresan como fundamento de este recurso sólo el noveno parece referirse a la causal que consagra el numeral 7, al expresar que al defensor de ausente designado para representar al declarado indigno se le notificó de la sentencia un mes y un día antes de la fecha de la sentencia, pues la misma es de 4 de febrero de 1999 y el defensor se notificó el 5 de enero de 1999, causa de nulidad.

A juicio de la Sala, la circunstancia alegada por el recurrente sobre la notificación de la sentencia de 4 de febrero de 1999 efectuada al defensor de ausente, no produce su nulidad, pues, como se ha podido verificar en el sello de notificación de la misma que figura en su parte posterior, lo ocurrido obviamente fue un error, cuando al escribirse el mes, en lugar de ponerse febrero se puso enero (cfr. fs.106 vuelta, expediente del proceso ordinario). Consecuentemente, estima esta Corporación que, los hechos alegados no dan cabida a la causal ya que ellos no constituyen una nulidad y mucho menos una nulidad originada en la sentencia como lo exige la causal invocada. De manera que si el error incurrido en cuanto a la fecha de notificación de la

sentencia fuese un vicio de nulidad, éste no se dio al dictarse la sentencia, sino con posterioridad y ello, no significa una nulidad originada en la sentencia como acto procesal autónomo. No se trata de un vicio de nulidad producido antes o después de dictada la sentencia, en cuyo caso estaríamos frente a otra causal distinta de revisión. Aunado a lo expuesto, debe destacarse que contra la sentencia que decidió el proceso cabía el recurso de apelación, debido a lo cual tampoco se configura la causal invocada. Por tanto, no prospera la aludida causal contenida en el numeral 7 del artículo 1189.

En cuanto a la causal que determina el numeral 9 del citado artículo, según alega el abogado proponente del recurso, las menores M.J. y M.J. en su condición de hijas de J.B.V.V., quien fue el demandado declarado indigno y a consecuencia de ello excluido de sus derechos hereditarios dentro de la sucesión de M.V.L., son partes afectadas con la sentencia impugnada y no fueron notificadas o emplazadas en el proceso.

Conforme a las pruebas aportadas, no consta que las menores V.R. hayan sido notificadas o emplazadas ni antes ni luego de dictada la sentencia impugnada en revisión, pero a los efectos de determinar si este recurso prospera en base a dicha causal, esta Corporación debe examinar y Constatar si realmente son las mencionadas menores "una parte afectada con la sentencia que no fue legalmente notificada o emplazada en el proceso", es decir, si tienen derecho a los bienes que a título de herencia correspondían a su padre declarado indigno.

En ese orden de ideas el proponente del recurso fundamenta en el [artículo 644](#) del [Código Civil](#) el derecho que, según alega, le asiste a las menores y que no fue tomado en cuenta por la sentencia impugnada.

Del examen del fallo atacado se desprende que no se tomó en cuenta la aludida norma sustantiva al adoptar la decisión correspondiente. Así, en la parte resolutive del mismo se declaró lo siguiente:

"Primero: Que el demandado J.B.V.V., es incapaz para suceder al difunto M.V. LOPEZ (q.e.p.d.) por INDIGNIDAD, en base a lo señalado por el [numeral 2](#) del artículo [641](#) del [Código Civil](#), por tanto, que se le declara excluido de la sucesión del difunto M.V.L. (Q.E.P.D.) y que las disposiciones testamentarias correspondientes a la institución de heredero a favor del demandado quedan sin valor legal alguno.

Segundo

Que dentro del proceso de sucesión testamentaria del difunto M.V.L. (Q.E.P.D.) los bienes, derechos y demás beneficios herenciales correspondientes al demandado J.B.V.V. deben acrecer, por partes iguales, a las demandantes en calidad de herederas testamentarias del difunto M.V.L. (q.e.p.d.).

Tercero

Se condene al demandado al pago de la suma de DOS MIL BALBOAS (B/.2000.00) en concepto de costas y al pago de los gastos del presente proceso, los cuales serán liquidados por Secretaría.

Fundamento de Derecho

artículos [641, numeral 2](#); 693a y 693b del [Código Civil](#).

..."

(Fojas 106, Expediente contentivo del Proceso Ordinario Declarativo de Indignidad para Heredar)

Como se puede apreciar, luego de que en la sentencia de 4 de febrero de 1999 se declaró indigno al heredero testamentario J.B.V., se decidió que los bienes y derechos herenciales que le correspondían debían acrecer a las otras herederas testamentaria, por partes iguales, con base en el [artículo 693](#) a y b del [Código Civil](#).

Como sostiene el revisionista, antes de las referidas normas que establecen el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, en nuestro [Código Civil](#) nos encontramos con el artículo 644 que señala lo siguiente: "Si el excluido de la herencia por incapacidad o por haberla repudiado fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendiente, adquirirán éstos su derecho a la herencia".

En el Código Civil Español existe un precepto que concuerda con el citado artículo 644. Allí el artículo 761 es del siguiente tenor: "Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendiente, adquirirán éstos su derecho a la legítima". Por ser la norma aludida fuente directa del [artículo 644](#) del [Código Civil](#) panameño conviene establecer la aplicación y el alcance que la doctrina española le ha concedido a la misma:

"ARTICULO 761

Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o

...

1. EL ARTÍCULO SOLO SE REFIERE A LOS INDIGNOS

Por la propia regulación que establece, el artículo se ve que solo está pensado para los indignos, no para los demás incapaces. Así que significa que los hijos o descendientes del incapaz por indignidad pasan a tomar el lugar de éste en su derecho a la legítima. Y, en efecto, los artículos equivalentes al presente en el Código francés, el 730, y en el italiano de 1865, el 765, hablaban específicamente de "indigno", dejando así claro que es a los hijos y descendientes del "indigno" a los que se refieren los correspondientes preceptos. (p.283)

...

Partiendo de lo dicho, voy a pasar a examinar el tema de qué ocurre con la legítima del indigno:

Lo primero es recordar que como para ser legitimario hay que ser capaz de suceder al causante, y el indigno no lo es, pierde su derecho a la legítima.

Y ahora, presupuesto que la legítima sólo se pierde, quedando liberada de ella la herencia, cuando el legitimario repudia ésta y no hay más colegitimarios del mismo grado que el renunciante, caso que no es de quien no hereda, no porque repudia, sino por ser indigno, la parte de éste en la legítima, una de tres: o engrosa la porción de legítima de otros legitimarios (así, habiendo tres hijos, dos dignos y uno indigno sin descendientes, los dos hijos dignos tocan a más legítima de su padre, porque entre los dos se reparten los dos tercios que constituyen la legítima, en vez de hacer tres partes de esos dos tercios, una para cada hijo); o va a un nuevo legitimario que ocupa el puesto

del indigno (así si en el caso visto de tres hijos, dos dignos y un indigno, éste tiene hijos a su vez, su parte en la legítima del abuelo, su padre, va a sus hijos, nietos de aquél); o si aparte del legitimario indigno, el causante no tiene otro (este punto lo ahondaré luego porque plantea dudas), queda libre su herencia de toda legítima que la grave. (p.286)

...

3. SI EL INDIGNO ES DESCENDIENTE DEL CAUSANTE Y TIENE DESCENDIENTE

En cualquier caso, ante la ineptitud del legitimario indigno, no amortizándose su parte de la legítima, pasa a corresponder a otra persona, si se quiere, por estar ésta ligada al indigno, pero también por, a falta de éste, quedar ligada directamente al causante. Así, que los descendientes del indigno, pasan, por lo menos en parte, a ser legitimarios del causante por ser descendientes de éste.

Los descendientes del indigno pasan a ser legitimarios del causante en todo caso de indignidad. Esto se desprende del artículo que comento, que no excluye que ocupen el puesto del indigno, sea la causa que sea la que provocó la indignidad. (pp.287, 288)

...

4. SI EL INDIGNO ES DESCENDIENTE DEL CAUSANTE, PERO NO TIENE DESCENDIENTES

Si el indigno es descendiente del causante, pero carece él de descendientes, su parte de la legítima que pierde, se acumula a la de los otros legitimarios que pueda haber de su grado; así en el caso de ser tres hijos del causante, dos dignos y uno indigno sin descendientes. O en general se acumula a la legítima de los descendientes legitimarios del causante que sea; como si el difunto dejó un hijo digno, otro premuerto o indigno en cuyo lugar son legitimarios sus hijos, y otro indigno sin descendencia.

Ese acrecimiento de la legítima del indigno a las partes de otros legitimarios que haya en el caso, no la establece explícitamente el artículo que comento, pero sí, por lo menos implícitamente, porque si dice que teniendo descendientes el indigno, va a éstos su parte de la legítima, es que para el caso de que no los tenga, deja dicha parte al curso normal que le corresponda, que es ir a los otros colegitimarios (como digo en el párrafo anterior) en virtud del artículo 985. (p.289)

..."

("Comentarios al [Código Civil](#) y Compilaciones Forales", M.A., Edit.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987 -Tomo X, Vol.1o, pp.283 a 289)

Atendiendo a la anterior explicación expresada por la doctrina y jurisprudencia española respecto al [artículo 761](#) de su [Código Civil](#), cuyo contenido es equivalente al 644 de nuestro texto legal, a juicio de esta Sala la norma es aplicable al caso que nos ocupa como afirma el revisionista. Veamos:

Como antecedente al proceso declarativo de indignidad, cuya sentencia es objeto del presente recurso de revisión, se inició un proceso de sucesión testamentaria del difunto M.V.L., en virtud del cual los herederos instituidos eran los hermanos I.C.V.S., C.V.S. y J.B.V.V.. Sin embargo, debido a que la muerte del causante fué causada por la acción criminal de su hijo J.B.V., se realizó un proceso penal que culminó con la condena del mismo (sentencia 4 de febrero de 1997). Debido a esta razón las hermanas INES y

C.V.S., antes de que terminara el proceso de sucesión, instauraron (el 5 de mayo de 1997) el proceso declarativo de indignidad de su hermano JOSE BELADINO para que se le declarara incapaz de suceder por dicha causal (artículo 641, núm.2) y, en consecuencia, se declarara a favor de ellas un derecho de acrecer de la cuota parte de la herencia correspondiente a su hermano excluido, por dicha incapacidad, en base a los [artículos 693a](#) y 693b del [Código Civil](#).

Cabe anotar que, antes del inicio del proceso declarativo de indignidad de J.B.V.V., las hijas menores de éste (M.J. y M.J.V.R.) representadas por su madre (D.R.D.A., presentaron ante el Juzgado Tercero de Circuito Civil de Panamá, en el cual se tramitaba el proceso de sucesión y se realizó el posterior proceso de indignidad, un Incidente de Solicitud de Declaratoria de Herederos, para efectos de que fueran declaradas herederas en la sucesión testamentaria de M.V.L. por derecho de representación de su padre J.B.V. quien no podía heredar. Mediante Auto No.1162 de 29 de abril de 1997, el Juez Tercero RECHAZO DE PLANO este incidente alegando, entre otras consideraciones, lo siguiente:

"...

Como quiera que, conforme los artículos [644](#), [655](#), [660](#) y concordantes del [Código Civil](#), el derecho de representación a una persona viva sólo existirá en el evento de que el representado sea incapaz para suceder por causa de indignidad y al no haber al momento de la presentación de la petición en comento tal declaratoria que impida a J.B.V.V. heredar al causante, no procede tal petición que ahora se desea ensayar.

De aceptarse que las mencionadas menores puedan heredar al causante de esta sucesión, sin antes haber excluido de la misma al padre de las menores, estaríamos impidiendo y antijurídicamente cercenando el derecho de sucesión declarado a favor de J.B.V.V. sin causa legal alguna.

..."

(Fs. 35 y 36 - expediente principal) (énfasis de la Sala)

Llama la atención de la Sala que, aun cuando el J. de la causa llegó a considerar aplicable a este caso particular de sucesión testamentaria las norma relativas al derecho de representar a una persona viva, específicamente en el caso del incapaz de heredar por causa de indignidad, citando con ese propósito el [artículo 644](#) y otros del [Código Civil](#), llegado el momento de pronunciarse en el proceso declarativo de indignidad no tomó en cuenta el citado artículo que otorga y concede, en primer lugar, a los hijos del indigno el de adquirir los derechos a la herencia, prefiriendo, en defecto de ello, aplicar las normas relativas al derecho de acrecer que tendrían otros herederos en caso de que el heredero indigno no tuviera hijos o descendientes, que obviamente no era el caso.

En base a los comentarios de orden doctrinal y jurisprudencial que hemos efectuado, para la Sala es innegable que el concepto de incapacidad incorporado en el [artículo 644](#) del [Código Civil](#) incluye la condición de indignidad de aquellos incapaces a que hace expresa referencia el artículo 641 de ese cuerpo de leyes; concretamente aquella en que se encuentra "el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su conyuge, descendientes o ascendientes; ...".

En este sentido, como se indica en la cita hecha sobre los comentarios al Código Civil Español, compartidos por la Sala, para efectos de estos casos en que media una declaración de indignidad para suceder, ante todo debe observarse lo preceptuado por el

[artículo 644](#) del [Código Civil](#) que, como hemos dejado esclarecido, se refiere, además de los casos de repudiación, al supuesto del hijo o descendiente del testador excluido de la herencia por indignidad que tuviere hijos o descendientes, en cuyo caso ocuparán éstos el puesto del indigno a los fines de adquirir, en reemplazo suyo, sus derechos hereditarios. Aunque dicha norma no establece explícitamente lo que sucede con la parte de la herencia que corresponde al heredero declarado indigno si no tiene hijos o descendientes, se entiende que, en ese caso, su parte de la herencia se acumula a la de los otros herederos de su mismo grado. Así, el ejemplo que se dejó expuesto en la cita anterior es similar al tema estudiado en el presente caso, pues se refiere a tres hijos, dos dignos y uno indigno. Si éste último tiene hijos a su vez, la parte de la herencia del padre fallecido que le hubiese correspondido pasará a sus hijos o sea a los nietos del causante. En caso de haber dos hijos dignos y uno indigno, pero éste último sin descendientes, a los dos hijos dignos les tocaría más de la herencia de su padre, porque entre los dos se repartiría la cuota de la herencia que le habría correspondido al excluido de la sucesión.

Basados en lo dispuesto por los artículos [644](#), [660](#) y [781](#) entre otros del [Código Civil](#), en concordancia con el numeral 9 del artículo 1189 del Código Judicial, es criterio de esta Sala que las menores M.J. y M.J.V.R. son parte interesada de la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999, y pueden ser afectadas por la decisión que se adopte en razón del derecho que tienen de representar a su padre incapaz de heredar por causa de indignidad, y, debido a que no fueron notificadas ni emplazadas en el proceso, el presente recurso de revisión resulta fundado y corresponde a la Corte invalidar total o parcialmente la sentencia impugnada, según los fundamentos del recurso, así como dictar la resolución que corresponda conforme a derecho, tal como lo dispone el artículo 1203 del Código Judicial.

Para efectos de la decisión que debe adoptar la Corte por motivo de este recurso de revisión, se debe atender a lo dispuesto por el artículo 743 del Código Judicial, en concordancia con el 685 del mismo texto legal. La primera norma establece lo siguiente:

ARTICULO 743. La parte indebidamente representada o que no fue legalmente notificada o emplazada, podrá pedir la nulidad mediante recurso de revisión.

...

En cualquiera de estos casos, la Corte se limitará a decidir respecto a la nulidad de la actuación, a disponer el trámite que corresponda, y a condenar a favor de la parte que obtuvo la anulación a que la otra le indemnice los perjuicios que hayan sobrevenido por la nulidad, si ésta hubiese dado lugar a ella.

En estos casos la Corte no dictará sentencia de fondo.

Como se ha demostrado dentro de este proceso de revisión, el Juez Tercero Civil del Primer Circuito de Panamá fue quien dictó la sentencia de 4 de febrero de 1999 dentro del proceso ordinario declarativo de indignidad y es el mismo juzgador ante el cual se ha ventilado el proceso de sucesión de M.V.L.. En este sentido, como se indicó previamente, dicho juzgador tenía conocimiento del interés de las hijas menores del heredero demandado como indigno, de ser consideradas como herederas dentro del proceso de sucesión, pues habían presentado un incidente en ese sentido, el cual fue rechazado de plano hasta tanto no se decidiera sobre la indignidad del heredero. Sin embargo, a pesar de ello, el juez omitió hacer uso del despacho saneador con fundamento en el artículo 685 del Código Judicial y citar a esas menores, como partes

interesadas y afectadas, para efectos de integrar el contradictorio dentro del proceso en que su padre era demandado como indigno para suceder.

En base a lo expuesto el juez incurrió en una pretermisión procesal, que produjo un estado de indefensión, debido a la falta de comparecencia de personas que debieron ser partes en el proceso, lo que constituye causal de nulidad de todos los actos procesales posteriores al momento en que se incurrió en el vicio. Por tanto, la sentencia debe ser anulada totalmente, así como todas las etapas y actuaciones del proceso a partir del momento en que las afectadas debieron ser citadas o emplazadas para que comparecieran. De manera que lo procedente es declarar nulo todo lo actuado a partir de fojas 41 inclusive, hasta la sentencia, a fin de que con fundamento en el referido artículo 685, el Juez cite a las personas que deban integrar el contradictorio.

Así al ordenarse que se retrotraiga gran parte del proceso declarativo de indignidad, para efectos de que se vuelva realizar conforme a derecho, queda invalidada la sentencia proferida en el mismo, a fin de que se surtan los trámites que garanticen la comparecencia en el proceso de las menores M.J.Y.M.J.V.R.. Igualmente, se invalida la segunda declaración de la sentencia, consistente en que dentro del proceso de sucesión testamentaria de M.V.L., los bienes, derechos y demás beneficios herenciales correspondientes al demandado declarado indigno deben acrecer por partes iguales a las otras herederas.

Consecuentemente, si la referida sentencia dictada en el proceso ordinario declarativo de indignidad, otorgó un derecho de acrecer a favor de las otras herederas, que ha sido declarado nulo, el auto adjudicatorio dictado en el proceso de sucesión testamentaria, fundamentado en ese fallo invalidado y el derecho de acrecer anulado, carece de valor legal; por lo tanto, el juez debe rectificar la actuación que también resulta viciada dentro de dicho proceso y ordenar al Registro Público que cancele y mantenga suspendidas todas las inscripciones hechas como consecuencia del referido Auto 1323 de 21 de mayo de 1999, para evitar que las personas favorecidas con el mismo puedan causar o seguir causando perjuicios a otros que pudieran ser titulares del derecho igualmente otorgado. Así mismo, debe ordenar la fijación de edictos para citar a los interesados en la sucesión, para que hagan valer sus derechos hereditarios, y declararlos a favor de quien verdaderamente correspondan.

En este sentido, el Juez de la causa deberá dictar nuevamente el auto adjudicatorio dentro del proceso de sucesión testamentaria de M.V.L. cuando corresponda, es decir, una vez finalizado el proceso declarativo de indignidad, en el cual se le debe garantizar a todas las partes afectadas su derecho a comparecer, de lo cual depende la distribución que se debe dar a los bienes hereditarios.

Las faltas en que ha incurrido el Juez de la causa respecto la tramitación de este caso representan claras violaciones de la ley cometidas por ignorancia inexcusable de la misma. Esta circunstancia impone la necesidad de exigir las responsabilidades correspondientes, por lo cual el Juez Tercero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá tendrá la obligación de responder en proceso separado tal como lo disponen los artículos 200,285 y 440 del Código Judicial.

Por lo que se deja expuesto, la CORTE SUPREMA, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA FUNDADO el Recurso de Revisión interpuesto por D.R.D.A. en representación de sus menores hijas M.J. y M.J.V.R. contra la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999, dictada por el Juzgado Tercero de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá dentro del Proceso Ordinario Declarativo propuesto por I.C. y C.V.S. contra J.B.V.V..

Por consiguiente resuelve:

1- ANULAR todo lo actuado después de la contestación de la demanda, a partir de fojas 41 inclusive, hasta la sentencia, dentro del proceso ordinario declarativo de indignidad interpuesto por I.C. y C.V.S. contra J.B.V.V.; y, ORDENA al Juez Tercero de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial que cite a las personas que deban integrar el contradictorio, las recurrentes en revisión, con fundamento en el artículo 685 del Código Judicial.

Por razón de la nulidad total de la sentencia No.13 de 4 de febrero de 1999 dictada en el citado proceso quedan sin efecto sus declaraciones, y consecuentemente:

NO TIENE VALOR LEGAL el derecho de acrecer por partes iguales que se concedió a I.C. y C.V.S. dentro del proceso de sucesión testamentaria del difunto M.V.L., sobre los bienes, derechos y demás beneficios herenciales correspondientes al heredero J.B.V.V., hasta tanto se trámite nuevamente el proceso declarativo de indignidad y se decida quiénes pasan a ser legitimarios del causante en lugar del heredero indigno.

2- SE ORDENA al Juzgado Tercero Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, tomar la medidas de saneamiento que, por efecto de las declaraciones anteriores, sean obligantes y necesarias dentro del proceso de sucesión testamentaria de M.L.V., hasta tanto, pueda dictarse la resolución de reemplazo, adjudicando a quien corresponda los bienes hereditarios. En este sentido, se debe poner en conocimiento de lo resuelto, y dar instrucciones para los efectos pertinentes, tanto al Director General del Registro Público, como a las herederas adjudicatarias I.C. y C.V.S., para que pongan a disposición del Tribunal los bienes testamentarios para que se efectúe la adjudicación conforme a derecho.

Para los efectos indicados devuélvase por Secretaría al Juzgado Tercero Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá el expediente contentivo del Proceso Ordinario Declarativo propuesto por I.C. y C.V.S. contra J.B.V.V., agregándose al mismo copia autenticada del fallo de la Corte.

E. copia autenticada de este fallo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia y al Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial para lo que sea de lugar de conformidad con los artículos 200,285 y 440 del Código Judicial.

La obligante condena en costas a cargo de la parte opositora al recurso, se fija en la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA BALBOAS (B/250.00).

Devuélvase a la recurrente la fianza consignada.

N. y Archívese.

(fdo.) E.A.S.

(fdo.) JOSE. A.T.

(fdo.) R.A.F.Z.

(fdo.) SONIA F. DE CASTROVERDE

Secretaria de la Sala Civil

Maurici Pérez Simeón Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra

BARCELONA, JULIO 2008

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

Abstract*

El art. 144.2 del Codi de Successions confería en la sucesión testamentaria un derecho de representación a los descendientes del hijo premuerto del testador. Desde la entrada en vigor de esta norma, ha sido polémico en la doctrina si el llamamiento de los descendientes del premuerto debe ser preferente al acrecimiento y/o a la sustitución vulgar. En el fondo del debate está la cuestión acerca del papel que las presunciones legales deben tener en la interpretación de los testamentos.

El art. 423-8 del Libro Cuarto del CCC, aprobado mientras se ultimaba la edición del artículo, incluye una regla similar a la del art. 144.2 del Codi de Successions, si bien el derecho de representación no se limita expresamente al caso de premoriencia del hijo instituido.

Section 144.2 of the Catalan Code of Succession provided that whenever a testator's beneficiary predeceased the testator, his issue should take his share. Since the Catalan Code of Succession entered into force, there has been an important debate among academics regarding whether the issue of a predeceased beneficiary should take before the other testator's beneficiaries in proportion to their shares and/or before the "vulgar substitution." The underlying debate is the role that legal presumptions should have for the interpretation of testamentary provisions.

Section 423-8 of the Catalan Civil Code's Book Four, recently approved, sets forth a similar provision, even though presenting new challenges regarding the scope of the above-mentioned rule and its judicial interpretation.

Title: Legal Rights vs. Will When Testator's Beneficiary Predeceases the Testator Keywords: Law of Succession; Testate Succession; Predecease Palabras clave: Derecho de Sucesiones; Sucesión testada; Premorencia

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación "Autonomía e imperatividad en la ordenación de las relaciones familiares: los límites a la libertad contractual en la regulación de la convivencia y de sus crisis (SEJ 2005-08663-C02-02)", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

Sumario

1. La vocación del art. 144.2 del Codi de Successions 2. El litigio por la herencia de Doña María P.P. 2.1. El origen del litigio y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona de 1.2.2005 2.2. El recurso de apelación y la SAP de 10.10.2006 2.3. El recurso de casación y la Sentencia del TSJ Catalunya de 26.7.2007 3. Análisis de la cuestión jurídica controvertida: la prevalencia de la llamada del testador frente al derecho legal de representación 3.1. La voluntad testamentaria presunta en el art. 144.2 CS 3.2. La expresión "amb dret d'acréixer" en el testamento 3.3. La prelación entre la voluntad testamentaria presunta del art. 144.2 CS y el acrecimiento ordenado por el testador de forma expresa o tácita a. Sentido y alcance de la expresión "Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador..." del art. 144 CS b. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente c. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos a los que el testador ha atribuido expresamente el ius adcrendi 4. Conclusiones 5. Apéndice: las novedades en la

regulación del problema en el libro cuarto del Codi civil de Catalunya 6. Tabla de jurisprudencia citada 7. Bibliografía

2

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

1. La vocación del art. 144.2 del Codi de Successions

Es sabido que el objetivo de muchas de las reglas de la Compilación catalana (Ley 40/1960 de 21 de julio - BOE nº 175 de 22.07.1960) y de las normas posteriores en materia de Derecho sucesorio fue poner fin por decisión legislativa a controversias seculares heredadas de la tradición del ius comune. Con ello se pretendía crear seguridad jurídica en los testadores y reducir la litigiosidad.

Sin embargo, en ocasiones el legislador, tratando de terminar una controversia secular, inadvertidamente abre otra. Este es el caso del art. 144.2 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya (Ley catalana 40/1991, de 30 de diciembre DOGC nº 1544, de 21.1.1992. Corrección de erratas en el DOGC DOGC nº 1582, de 13.4.1992 y en el nº 1600, de 29.5.1992 - en adelante CS). Esta norma prescribe que, si el testador instituye a sus hijos nominativamente y por partes iguales, deben reputarse llamados también a suceder los descendientes de los instituidos por estirpes. Esta regla termina con una larga controversia acerca de si resulta trasladable a la sucesión testada el derecho de representación que el Derecho romano-justiniano regulaba expresamente sólo para la sucesión testamentaria, pero crea otro problema de gran importancia práctica: la llamada de los descendientes de los instituidos, ¿es preferente a la sustitución vulgar o al acrecimiento?

2. El litigio por la herencia de Doña María P.P.

Un caso muy interesante planteado recientemente ha obligado al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a posicionarse sobre esta cuestión. Los hechos no presentan excesiva complejidad: el día 23 de abril de 2001 la Sra. María P. P. de vecindad civil catalana había otorgado su último y válido testamento, en forma de testamento notarial abierto, instituyendo herederos a sus cuatro hijos con las siguientes palabras:

“Institueix hereus universals i lliures de tots els seus béns, drets i accions, presents i futurs, als seus quatre fills senyors Josep Maria, Maria Rosa., Núria i Joan F. P., amb dret d’acréixer, amb les següents NORMES PARTICIONALS...” [= Instituye herederos universales y libres de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a sus cuatro hijos Don Josep Maria, Doña Maria Rosa, Doña Núria y Don Joan F. P. con derecho de acrecer, con las siguientes NORMAS PARTICIONALES...”

Seguían en el testamento una serie de normas particionales relativas al único bien de la herencia: una casa pairal sita en el término municipal de Avinyó (Barcelona), que incluían la designación de las hijas de la testadora Maria Rosa F.P. y Núria F.P. como albaceas particulares; en la cláusula segunda, la testadora establecía un derecho de adquisición preferente de los herederos instituidos, en caso de que alguno de ellos vendiese su parte en la finca que constituía el único activo hereditario; en la cláusula tercera prohibía la testadora cualquier juicio de testamentaría y en la cuarta establecía la llamada cautela Socini, al amparo de lo previsto en el art. 360.2 CS.

El día 28 de mayo de 2002 falleció uno de los herederos instituidos en el testamento, Don José María F. P., dejando tres hijos, Don José María, Doña Núria y Don Luis Ignacio F. C. Pocos días después, concretamente el 11 de julio de 2002, murió la testadora.

Causante: María P.P. † 11/07/2002

(José María F.P.) María Rosa F.P Núria F.P. Juan F.P. † 28/05/2002

José María F.P. Núria F.P. Luis Ignacio F. P.

El día 13 de septiembre de 2002, los tres hijos supervivientes de la testadora otorgaron escritura pública de aceptación de herencia como únicos herederos, repartiéndose por terceras partes el haber hereditario, al considerar que la premoriencia del cuarto hermano instituido (José María F.P.) lo había excluido de la sucesión, al haberse ordenado en el testamento un derecho de acrecer. El 30 de enero de 2003, uno de los tres herederos, Juan F.P., vendió su parte sobre el único activo de la herencia, consistente en una parte indivisa de la casa pairal sita en Avinyó (Barcelona), a su sobrina Doña Cristina R.F y al marido de ésta Don Alejandro V.-L. E. Tanto la aceptación de herencia como la venta fueron inscritas en el Registro de la Propiedad.

2.1. El origen del litigio y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 30 de Barcelona de 1.2.2005

Los tres hijos del instituido premuerto, que poseían materialmente una parte de la casa pairal de Avinyó, se negaron a aceptar el reparto hereditario referido anteriormente, al considerar que el art. 144.2 CS les daba derecho a ocupar en la herencia de su abuela el puesto que habría

4

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

correspondido a su padre premuerto. Por ello interpusieron demanda de petición de herencia contra los tres instituidos supervivientes que se habían repartido toda la herencia y también contra Doña Cristina R. F. y Don Alejandro V. L.-E. como terceros adquirentes de una tercera parte del único activo de la herencia. Los demandados reconvinieron solicitando la entrega posesoria de la parte de la finca que aún ocupaban los actores.

La demanda correspondió en reparto al Juzgado de Primera Instancia 30 de Barcelona. La Magistrada Sustituta Doña Teresa María Ramos Ibós dictó Sentencia el día 1 de febrero de 2005 (núm. 36/2005), estimando la demanda y desestimando la reconvención. Sus argumentos se resumen en los siguientes párrafos del Fundamento Jurídico segundo:

“La cuestión que se plantea es si tal interpretación unilateral de los herederos sin la intervención de los hijos del heredero premuerto es válida. La solución, en opinión de quien juzga, debe ser negativa. En efecto, el artículo 144 CS introdujo un derecho de representación en la sucesión testada, aunque técnicamente es más bien un supuesto de sustitución vulgar tácita: así en el caso de institución genérica a favor de los hijos o nominativamente pero a favor de todos ellos, se incluirá en el llamamiento a los hijos de los que hubieran premuerto. La aplicación de esta norma lleva a considerar que los hijos del fallecido ocuparán su lugar en la sucesión del causante señalado. Dicha regla se aplicará salvo que sea otra la voluntad del testador. La interpretación que todos los interesados en la sucesión efectúan debe prevalecer sobre la norma legal. Ahora bien, en el supuesto de autos no intervienen todos los interesados en la sucesión en la fijación de la voluntad de la testadora. Resulta intrascendente a tales efectos si se incluyó expresamente el derecho de acrecer en el testamento. Tal cláusula ni quita ni añade nada, pues se trata de una cláusula legal que opera de forma automática salvo que se excluya expresamente, por lo que no puede suponer de inmediato la exclusión de los hijos del heredero premuerto. La interpretación de la voluntad del testador debe hacerse por todos los interesados en la sucesión, incluso los beneficiados por la aplicación de la regla del artículo 144 CS. Al no haber intervenido los mismos, la solución debe estar a favor de la aplicación de la regla señalada (nunca podrá interpretarse la voluntad del causante contra una norma legal sin consentimiento de los favorecidos de la misma). De otro modo, dicha regla prevista en el artículo 144,2 CS, nueva en el derecho catalán y que difiere del sistema del Derecho común, quedaría sin sentido y vacía de contenido, bastaría la aplicación del derecho de acrecer para excluir a los hijos del heredero premuerto en cualquier caso. La aplicación del derecho de acrecer precisa de una vacante, cuya existencia debe examinarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 144,2 CS.

Consecuencia de lo anterior es la estimación de la demanda, pues al estimarse que debían haber intervenido en la fijación de la voluntad de la testadora todos los interesados en la sucesión, y existiendo controversia entre ellos, habrá que estar a la regla de interpretación legal del testamento, pues habiendo instituido Doña María P. herederos por partes iguales a sus cuatro hijos y habiendo premuerto uno de ellos, corresponde a los hijos de éste, nietos del causante, suceder a su abuela en la parte de su padre, conforme al artículo

5

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

144 del Código de Sucesiones de Cataluña.

En virtud de lo expuesto y razonado, debe estimarse íntegramente la demanda con desestimación íntegra de la demanda reconventional, pues la nulidad de la compraventa formalizada entre Don Juan F.P. y Doña Cristina F. y Don Manuel Alejandro V. L.-E. es consecuencia necesaria de cuanto queda dicho, máxime cuando la situación de controversia entre los nietos aquí actores y los vendedores demandados era notoria en la familia sin que

pueda pretenderse un presunto desconocimiento de tal situación por los demandados en que amparar la bondad de la compraventa.”

Sorprende realmente la regla interpretativa que nos propone la Sentencia, según la cual, de mutuo acuerdo los causahabientes, pueden “fijar la voluntad de la testadora”, esto es, pueden interpretar como les plazca el testamento, sea cual fuere la verdadera intención del testador. Nuestro Derecho no conoce una regla así. En mi opinión, la Sentencia confunde el acuerdo sobre el reparto de los bienes hereditarios y la interpretación del testamento. El primero sí queda al arbitrio de los causahabientes (siempre que respeten los derechos de terceros), el segundo no. Otra cosa es que si ninguno de los causahabientes suscita polémica a raíz de una interpretación del testamento, de facto, ningún Tribunal podrá llegar a pronunciarse sobre el particular, por muy aberrante que sea la interpretación consensuada. Pero esto no implica que las facultades de interpretación correspondan a los causahabientes de común acuerdo y, en especial, no puede compartirse la frase: “nunca podrá interpretarse la voluntad del causante contra una norma legal sin consentimiento de los favorecidos de la misma”. La sucesión testada se rige por la voluntad del testador, no por las disposiciones legales ni por la voluntad de los causahabientes. La voluntad del testador – a salvo de las normas imperativas – debe prevalecer siempre y los Tribunales son los garantes de esta prevalencia.

Al margen de esta regla interpretativa tan sui generis, el fallo estimatorio de la demanda se fundamenta también en la consideración de que el derecho de acrecer ordenado expresamente por la testadora no es más que una reiteración innecesaria del régimen legal. La Sentencia lo deja bien claro: “tal cláusula ni quita ni añade nada”. En otras palabras: el derecho de representación del art. 144.2 CS sería preferente a cualquier acrecimiento, tanto el que se fundamenta en una disposición expresa del testador como el que proviene de su voluntad tácita manifestada a través de la institución conjunta. Por lo que respecta a la compraventa, la anulación se basa en una apreciación de mala fe en los compradores, que la Sentencia considera probada por el mero hecho de estar emparentados con el vendedor.

2.2. El recurso de apelación y la SAP de 10.10.2006

La Sentencia de Primera Instancia fue apelada y la Audiencia Provincial de Barcelona (Civil Sec. 1ª), en una resolución de 10 de octubre de 2006 que ha sido publicada (Ar. 2007\145197), confirmó la estimación de la demanda, declarando que los hijos del instituido premuerto tenían derecho a participar en la sucesión en el lugar de su padre en virtud del art. 144.2 CS. Sin embargo, a diferencia del Juzgado, la Audiencia consideró que la adquisición de los compradores – Sra. Cristina R. F. y Sr. Alejandro V.-L. E. – debía mantenerse al amparo del art. 34 de la Ley 6

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

Hipotecaria. No entraré aquí en analizar con detalle la aplicación que hace la Sentencia de este último precepto, ya que nos alejaría de la cuestión doctrinal relativa al acrecimiento. Baste

decir que la Audiencia tuvo una posición especialmente tuitiva de los terceros adquirentes, negándose a apreciar la mala fe de los adquirentes únicamente por el mero hecho de que existiese un vínculo de parentesco entre ellos y el vendedor.

El ponente de esta Sentencia fue el profesor de la Universitat Autònoma de Barcelona y Magistrado Suplente Don Josep Llobet Aguado, que dictó la Sentencia junto con las Magistradas Doña María Dolors Portella Lluch, Presidenta de la Sección 1ª, y Doña Laura Pérez de Lazárraga Villanueva. Aunque no estoy de acuerdo con el sentido del fallo, debo admitir que esta resolución está muy meditada y muy bien argumentada.

El razonamiento de la Sentencia consiste en considerar aplicable al caso de autos el art. 144.2 CS1 y luego analizar la voluntad de la testadora con el fin de descubrir si quiso excluir a sus nietos de la sucesión. La Sentencia admite que el único argumento a favor de esta interpretación es la expresión “amb dret d’acreixer” que la testadora incluyó en su testamento pero la considera insuficiente. Según la Sentencia:

“...no puede establecerse sin más una sinonimia entre la expresión "con derecho de acrecer" y el efecto expulsivo de los nietos de una sucesión. Para que este efecto se diese, nada más fácil que establecerlo y disponerlo expresamente para que tan trascendental efecto no quedase al albur de particulares interpretaciones. Para que se dé el derecho de acrecer, resulta inexcusable que se cumplan los requisitos que con carácter general establece el art. 38 CS (institución conjunta, que alguna cuota quede vacante, que el testador no lo prohíba), explicando el art. 39 CS lo que debe entenderse por institución conjunta, y clarificando el art. 40.3 CS que no debe entenderse vacante una cuota si opera el ius transmissionis o la sustitución vulgar o fideicomisaria, salva voluntad contraria del causante. Por tanto, la voluntad del causante, en relación con el derecho de acrecer tiene su trascendencia en cuanto que, pese a la concurrencia de los requisitos legales, lo puede excluir (arts. 38.1 y 40.3 CS). También tiene su trascendencia cuando, pese a no concurrir el requisito legal de la institución conjunta, el causante puede conceder el derecho de acrecer (art. 39.2 CS: "salvo que el testador conceda el derecho de acrecer, este no tiene lugar si en otra cláusula asigna individualmente a cada heredero una parte alícuota, y tampoco si el heredero no llega a serlo por nulidad o por revocación de la institución"). Pues bien, ninguno de estos casos en que la voluntad del testador tiene relevancia en la configuración del derecho de acrecer se acomoda al supuesto de autos (ni la testadora lo prohíbe, ni lo puede conceder ya que no ha asignado individualmente a cada heredero

1 La Sentencia también examina, para descartarla, la posibilidad de considerar que no se ha asignado partes iguales a los herederos porque las normas particionales establecidas por la propia testadora asignan una parte concreta y desigual de la finca que constituye el único activo hereditario a cada uno de los instituidos. Con acierto la Sentencia concluye que la existencia de estas normas particionales no afectan a la igualdad en las cuotas hereditarias. 7

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

una parte alícuota ni existe nulidad ni revocación de la institución).

(b) Se ha apuntado que la conclusión a la que llegan los demandados en el sentido de que la expresión testamentaria "con derecho de acrecer" significa que la testadora quería excluir a sus nietos de su sucesión no se ve avalada por los actos anteriores, coetáneos ni posteriores al otorgamiento, los cuales, como se ha dicho, deben tenerse sin duda en cuenta por constituir un dato de especial relevancia para establecer la voluntad del testador al tiempo del otorgamiento. Los actos de la testadora que constan en los autos, admitidos por ambas partes, y que revisten trascendencia al respecto son, básicamente, la actitud de tolerancia y consentimiento a que tanto el hijo premuerto de la causante, D. José María F. P., como los hijos de éste, nietos de la causante y actores principales en este procedimiento, residiesen habitualmente en la parte de la finca que, según las normas particionales establecidas por la causante, debía ser adjudicada a D. José María F. P. Esta realidad posesoria existía con anterioridad al otorgamiento del último y válido testamento de la causante y continuó después sin que conste acto obstativo ninguno por la testadora. En la misma dirección puede interpretarse el hecho de que tanto D. José María F. P. y sus hijos realizasen continuos actos de administración en relación a la referida finca (f. 354 a 430 de las actuaciones, consistentes en abundante documental, constando, entre otros, recibos por el arriendo de tierras de cultivo, gestiones realizadas ante la administración municipal y estatal, pagos de impuestos, gestiones ante compañía aseguradora consecuencia de un siniestro..., constando incluso –f. 424– una autorización de la causante a favor de su hijo D. José María F. P. para que realizase ante el Catastro cualquier gestión relacionada con la finca).

En función de lo expuesto, no puede concluirse que la voluntad de la causante fuese excluir a sus nietos de su sucesión ni se dan los requisitos legales para que ello pueda suceder..."

La Audiencia, en el fondo, viene a argumentar que la expresión "amb dret d'acréixer", interpretada de conformidad con la actitud pública de la testadora durante su vida, no parece expresar una voluntad de excluir a los nietos de la sucesión y por ello considera que deben entrar a suceder por derecho de representación los hijos del instituido premuerto. No podemos entrar aquí a enjuiciar si los medios de prueba obrantes en los autos fueron bien o mal valorados, ya que, nosotros no los hemos tenido todos a nuestra disposición. Si se puede decir, sin embargo, que la argumentación de la Audiencia resulta insuficiente.

Si las palabras "amb dret d'acréixer" no se expresaron para anteponer a los hijos frente a los nietos, ¿para qué las usó la testadora? La resolución de la Audiencia no lo dice y éste es, a mi juicio, su principal punto débil. Cuesta admitir que en un acto solemne como un testamento notarial abierto una testadora incluya una expresión técnica como ésta sin ninguna finalidad. En otras palabras: no parece razonable tener por no puesta en un testamento una cláusula fundamental como la que nos ocupa únicamente sobre la base de que el comportamiento público de la testadora en vida no permite constatar una enemistad entre la testadora y los nietos perjudicados

por el acrecimiento. ¿Acaso sería el primer caso en el que un testador disimula en vida el sentido de sus disposiciones testamentarias con el fin de no ganarse la enemistad de un pariente? Por otro lado, decantarse por la primacía del acrecimiento implica interpretar que la testadora quiso que, si había hijos vivos (cualquier hijo), éstos sucediesen por delante de los nietos (cualquier nieto). La amistad o enemistad de la testadora con un hijo o con un nieto concreto resultarían quizás un argumento válido para interpretar una cláusula que se refiriese específicamente a él, pero no puede servir para interpretar una cláusula de alcance general como la que estamos examinando.

2.3. El recurso de casación y la Sentencia del TSJ Catalunya de 26.7.2007

Los hijos que habían sobrevivido a la testadora y los terceros adquirentes recurrieron en casación ante el TSJC y tuvieron éxito. La Sentencia del TSJC de fecha 26 de julio de 2007 desestimó totalmente la demanda de los hijos del instituido premuerto y estimó totalmente la demanda reconventional. El punto esencial en el que la Sentencia del TSJC fundamenta su fallo es que (FD. 8º):

“No ens trobem en aquest cas davant de dues voluntats presumptes o probables del testador que obliguin a escollir entre la previsió de l’article 38 o la de l’article 144 sinó davant la voluntat clara i expressada, contrària a la crida dels néts.”

Además el TSJC nos dice (FD 9º) que

“...la Sala d’apel·lació ha infringit l’article 144 del Codi de successions, ja que en el cas consta la voluntat contrària de la causant. Mentre ens moguem davant d’elements d’integració considerats per la llei pressuposant quina seria la voluntat del testador, podem parlar d’inexistència de quota vacant als efectes d’excloure el dret d’acréixer quan es crida els fills genèricament o els fills nominativament en parts iguals, però entre la presumpció de voluntat del testador de l’article 144.2 i la determinació expressa del dret d’acréixer en el testament ha de prevaldre aquest últim.”

La Sentencia del TSJC coincide con los argumentos esgrimidos por la defensa de los demandados que se basaban, en esencia, en el dictamen que yo mismo había elaborado a su requerimiento, en mi condición de profesor en la UPF, el día 10 de octubre de 2003, antes de que se iniciase la controversia judicial.

3. Análisis de la cuestión jurídica controvertida: la prevalencia de la llamada del testador frente al derecho legal de representación

Como hemos visto, la clave de la controversia planteada consistía en determinar si los descendientes del hijo premuerto de la testadora tenían derecho a suceder en virtud del art. 144.2 CS, o bien si la cuota dejada vacante por premoriencia correspondía a los otros tres hijos de la testadora instituidos nominativamente en el testamento con derecho de acrecer.

9

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

A mi juicio, la resolución de las cuestiones planteadas requiere resolver dos problemas diversos que si bien se complementan, requieren un tratamiento separado. Por una parte, tenemos la cuestión, de carácter general, consistente en determinar si el acrecimiento ordenado expresamente por la testadora opera de forma preferente a la llamada de los nietos y ulteriores descendientes que prevé el art. 144.2 CS, o bien si es a la inversa. Las conclusiones a las que lleguemos deben ser aplicables a cualquier testamento en el que los herederos instituidos tengan concedido expresa o tácitamente el derecho de acrecer.

El segundo lugar, debemos proceder a un examen global del testamento de la Sra. María P. P. para decidir si, en este testamento concreto, existen elementos suficientes para interpretar que la testadora quiso excluir la aplicación del art. 144.2 CS, el cual, por expresa indicación legal, sólo opera “Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...” Las conclusiones de este examen sólo se referirán al testamento concreto objeto de estudio.

3.1. La voluntad testamentaria presunta en el art. 144.2 CS El artículo 144 CS tiene el siguiente tenor:

“Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador si aquest crida els seus hereus i legataris o llurs substituïts sense designació de noms i mitjançant l'expressió "fills" s'entenen inclosos en aquesta denominació tots els fills matrimonials, no matrimonials i adoptats, homes i dones, i els nets i els descendents els pares respectius dels quals hagin mort abans de la delació, excloent el grau més pròxim al més remot i entrant per estirps els del grau següent en lloc dels de grau anterior. S'aplica la mateixa regla en el cas que els fills siguin designats nominativament per parts iguals”.

Este artículo contiene dos reglas completamente diversas. En la primera oración (“Llevat...anterior”) nos encontramos ante una norma interpretativa del término genérico “fills” (“hijos”). Esta regla no hace otra cosa que dar primacía, en la interpretación del testamento, a uno de los diversos sentidos que puede tener esta palabra, concretamente el

sentido más extensivo, que incluye a los descendientes de cualquier sexo, condición y grado. A los descendientes de tercer y ulterior grado se les tiene por llamados tácitamente a suceder por estirpes, en lugar de sus ascendientes premuertos.

Esta regla interpretativa no nos concierne ahora, ya que en el testamento de la Sra. María P. P. no se hizo una referencia genérica a los hijos, sino que se les instituyó llamándolos por sus nombres. Nos interesa por lo tanto, la frase final del precepto, según la cual

“S'aplica la mateixa regla en el cas que els fills siguin designats nominativament per parts iguals.”

Esta norma ha sido introducida por primera vez en el Derecho catalán por el CS, ya que el antiguo art. 114 de la Compilación contenía tan sólo la regla interpretativa para el caso de que el testador hubiese empleado el término genérico “fills” para instituir herederos o designar legatarios.

10

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

Aunque la norma remita a la primera oración del art. 144 CS, en realidad está introduciendo una regla de naturaleza y alcance completamente distinto al de aquella primera oración. No estamos aquí ante una regla interpretativa, que elige entre uno de los diversos sentidos que pueden tener las palabras utilizadas por el testador, sino que nos encontramos ante un precepto que complementa lo dicho por el testador con una voluntad que le presume. No pretende esta regla, por lo tanto, revelar una voluntad tácita, que el testador dejó implícita en los términos genéricos que utilizó (como era el caso en la interpretación de “fills”), sino que, sin que exista en el testamento ningún elemento que permita intuir, aunque sea de forma incompleta, la voluntad del testador, la Ley completa una disposición testamentaria porque presume que el testador omitió decir algo que en realidad quería.

En otras palabras: las normas interpretativas de la voluntad testamentaria pretenden guiar al exegeta primando uno de los diversos sentidos que puede tener la expresión utilizada por el testador. Aparte del caso ya visto en la primera oración del art. 144 CS, son también normas interpretativas el art. 145 CS (para las expresiones “hereus meus”, “hereus legítims”, “hereus intestats”, “parents més pròxims”, “parents”, “successors”, “aquells a qui per dret correspongui”, “els meus”), el art. 142 CS (para la institución de una persona “i els seus fills”), el art. 166 CS (para la eficacia de las prohibiciones de disponer sometidas a autorización de un tercero), etc. En todos estos casos, la Ley elige aquel sentido de la expresión utilizada que más probablemente se ajusta a lo que quiere el testador prototípico. Nos hallamos, por lo tanto, ante una voluntad testamentaria tácita.

Por el contrario, la función de las normas presuntivas de la voluntad testamentaria es complementar ex lege unas disposiciones testamentarias que el legislador considera típicamente incompletas; el complemento se considera oportuno porque son casos en los que, en opinión del legislador, el testador suele expresarse incorrectamente, generalmente porque nombra una especie cuando en realidad quiere indicar un género. Es una norma de este tipo el art. 167.2 CS, según el cual, la sustitución vulgar ordenada para el caso de premoriencia o para el caso de que el sustituido no pueda o no quiera suceder se entiende ordenada también para los demás casos en los que el sustituido quede apartado de la sucesión. Por lo tanto, si el testador dijo “Si A premuere, sea B mi heredero” debe considerarse que quiso decir “Si A premuere <o por cualquier otra causa no puede o no quiere suceder>, sea B mi heredero.” Es obvio que en este caso, la Ley no se limita a interpretar, sino que complementa, ya que es insostenible que la expresión <o por cualquier otra causa no puede o no quiere suceder> esté implícita en los términos elegidos por el testador.

Lo mismo ocurre con la última frase del art. 144 CS: la Ley nos dice que si el testador dijo “Instituyo herederos a mis cuatro hijos, A, B, C y D.” debemos leer en el testamento “Instituyo herederos a mis cuatro hijos, A, B, C y D <y a sus respectivos descendientes por estirpes, según la normas de derecho de representación.>”. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la primera oración del art. 144 CS, no puede sostenerse que la ley revele algo que estaba implícito en las palabras del testador: puede interpretarse que bajo el término genérico “fills” se engloban todos los descendientes, instituidos por estirpes, pero no es admisible interpretar que cuando el

11

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

testador instituyó a cuatro herederos llamándoles por sus nombres específicos, obviando toda ambigüedad, en realidad quiso instituir a esos cuatro y a sus respectivos descendientes por estirpes. Lo que puede hacer la Ley – y es lo que de hecho hace – es asumir que, a veces, quien instituye a sus hijos nominativamente no menciona a los ulteriores descendientes por mero descuido, de modo que puede ser útil en ocasiones complementar por ministerio de la ley lo dicho por el testador. La Ley actúa como complementadora, no como intérprete.

Este tipo de normas tienen su origen en la ciencia jurídica medieval, que tiende a convertir en reglas interpretativas generales lo que habían sido decisiones sobre casos concretos en el Derecho romano. El gusto de la jurisprudencia medieval por la creación de normas presuntivas de la voluntad testamentaria llega a crear un corpus de reglas, muchas de las cuales devienen clásicas en la edad moderna [pueden verse, por ejemplo, Antonio GÓMEZ (1768), part.1, cap.3 n.10, Jacobo CUYACIO (1758), lib. 8, ad D.35,1,101, Paulus BUSIUS (1656), ad D.28,6,1 n.3, E. ZOES (1718), ad D.28,6 n.7, Dominik VAN ARUM (1620), disp.17, thes. 17 y Christian THOMASIUS (1766), tomo 3, comentario a D.28,6, n.1), todos ellos en relación con la regla relativa a la sustitución vulgar con condicio substitutionis incompleta] y también en la pandectística alemana del s.XIX [por todos, B. WINDSCHEID / Th. KIPP (1906) § 557 [p.277] y §

562 [p.291]]. Algunas de estas reglas han sobrevivido al proceso codificador y se han incorporado a las vigentes normativas civiles, como, por ejemplo, el § 2097 BGB.

La naturaleza jurídica de la regla contenida en el art. 144.2 CS no es el único problema que plantea esta norma. Existe una polémica entre los civilistas acerca de si el derecho a suceder que introduce la segunda oración del art. 144 CS debe configurarse como una sustitución vulgar presunta o como un derecho de representación operativo en el ámbito de la sucesión testamentaria.

La primera postura ha sido sostenida por algún autor (A. CALATAYUD SIERRA, 1994, pp. 658 y 670) pero ha tenido poca aceptación en la doctrina. La opinión que puede tenerse por dominante (véanse por todos J. RUBIES MALLOL, 1994, p.549 y E. BOSCH CAPDEVILA, 2002, p.275)² es la segunda: el art. 144 CS introduce un derecho de representación operativo ex lege en la sucesión testamentaria.

RUBIES MALLOL y BOSCH CAPDEVILA fundamentan esta postura mayoritaria en sólidos y convincentes argumentos:

a) El preámbulo del CS dice que el art. 144 CS “introdueix el dret de representació en la successió testada en el supòsit d’institució genèrica de fills o de la institució nominada i sense parts de tots els fills.”

2 Esta obra, que es la reelaboración de la tesis doctoral de este brillante civilista, constituye el único estudio exhaustivo del tema existente en Derecho catalán; a pesar de que no suscribo algunos de los puntos de vista que el autor defiende en su trabajo, no hay duda de que el libro constituye el punto de referencia obligado en cualquier estudio referente al acrecimiento en el CS. 12

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

b) El art. 144 CS sólo opera en caso de premoriencia, al igual que el derecho de representación, mientras que la sustitución vulgar opera si el instituido no quiere o no puede suceder, a no ser que el testador haya restringido su eficacia a un supuesto determinado (art. 167 CS).

c) El art. 144 CS opera tanto si el premuerto ha fallecido antes del otorgamiento del testamento como si lo ha hecho después, ya que se dice sólo “hagin mort abans de la delació”; si fuese una sustitución vulgar, podría operar tan sólo si el sustituido hubiese muerto después del otorgamiento del testamento, ya que es un presupuesto de la sustitución vulgar que exista un llamamiento testamentario que quede frustrado.

Yo también opino que el derecho del art. 144 CS debe concebirse como un derecho de representación que opera en la sucesión testamentaria. De todos modos, conviene analizar también las consecuencias que conllevaría para nuestro caso aceptar la tesis contraria.

Tanto si se configura el derecho a suceder establecido en la segunda oración del art. 144 CS como un derecho de representación como si se ve en él una sustitución vulgar, queda fuera de la controversia el hecho de que la delación que reciben los nietos y ulteriores descendientes proviene de la Ley y no del testamento. En palabras de BOSCH CAPDEVILA (2002, p.276)3: “Tot i que hi ha hagut una declaració de voluntat instituint els fills, la crida a l'estirp no la fa el testador, que es limita a cridar els fills, sinó la Llei.”

Este hecho resulta fundamental para encuadrar el derecho a suceder de los nietos y ulteriores descendientes que concede la segunda oración del art. 144 CS en el marco de la sucesión testamentaria: la vocación legal ex art. 144 CS queda excluida en todo caso si existe una vocación testamentaria válida y eficaz, no sólo porque así lo establezca el propio art. 144 CS en sus palabras iniciales (“Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...”) sino también porque la primacía de la sucesión voluntaria frente a la legal es uno de los principios fundamentales del Derecho sucesorio catalán, en cuyo Preámbulo (apartado II) se nos dice:

“No es modifiquen, per tant, els grans principis propis del Dret Romà, tan arrelats en el Dret successori català. [...] El principi de prevalença del títol voluntari, reflex del de llibertat de disposar, és establert als articles 367 i 322, que graduen, a més, aquesta prevalença tot respectant el principi de prelació de la successió paccionada sobre la testamentària.”

Aunque este texto está escrito pensando en las relaciones entre la sucesión voluntaria

3 La frase de BOSCH CAPDEVILA parece referirse a cualquiera de los dos casos del art. 144 CS, pero, a juicio de quien suscribe, es excesivo hablar de que el llamamiento es legal en el caso del testador que instituye genéricamente a sus “fills”, ya que este término catalán puede tener en ocasiones el sentido genérico de “descendiente”. Puede verse, sin ir mas lejos el Diccionari de la Llengua Catalana de l'Institut d'Estudis Catalans, Barcelona/Palma/Valencia, 1995, voz “fill”, donde se nos refiere la expresión “fills d'Adam” para referirse a toda la humanidad. 13

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

(testamentaria o contractual) y la sucesión intestada, el principio de primacía de la voluntad del testador por encima de las provisiones legales (a salvo de las legítimas) es un principio informador de todo el CS, que también debe tomarse en consideración a la hora de resolver las dificultades que plantea la integración de la vocación legal ex art. 144 oración 2ª CS en el marco de las vocaciones voluntarias contenidas en un acto de disposición mortis causa.

3.2. La expresión “amb dret d’acréixer” en el testamento

Los cuatro hermanos instituidos en el testamento de la Sra. María P. P. como herederos deben reputarse instituidos conjuntamente, ya que su institución cumple todos los criterios del art. 39 CS: están instituidos en una misma cláusula y sin asignación numérica de partes. Por lo tanto, en los supuestos previstos legalmente (art. 38 CS), puede operar entre ellos el acrecimiento.

En nuestro caso, sin embargo, el derecho de acrecer entre los cuatro instituidos no opera sólo a consecuencia de la conjunción, sino que la propia testadora, al instituir herederos a sus cuatro hijos, ordenó que debían tenerse por instituidos “amb dret d’acréixer”. Tradicionalmente, el derecho de acrecer ha sido concebido como una consecuencia de la llamada conjunta de varias personas a un único objeto, en nuestro caso, a una única cuota hereditaria o a una única herencia. Al ser la llamada solidaria, si uno de los llamados no quiere o no puede suceder, se produce automáticamente un incremento de la cuota que corresponde en el derecho a los llamados conjuntamente al mismo objeto. En este sentido se ha pronunciado la gran mayoría de los juristas medievales y modernos [véanse J. CÁNCER [1608], cap. 21 § 54 y A. BELLONI [1672], la pandectística decimonónica (por ejemplo B. WINDSCHEID / Th. KIPP (1906) § 603 [p.465]) y la doctrina más reciente (LI. PUIG FERRIOL / E. ROCA TRÍAS (2006, p.100)].

El acrecimiento, por lo tanto, se ha venido concibiendo siempre como un efecto de la vocación conjunta (conjunción), esto es, de la llamada solidaria de varios a un mismo objeto y no como una vía para designar de forma expresa a quien deba ocupar el lugar de quien ha quedado apartado de la sucesión (R. ZIMMERMANN, 1984, p.234 ss.).

Esto no obstante, la doctrina catalana, sobre la base del art. 38 CS, admite de forma unánime que el acrecimiento puede operar tanto en aquellos casos en los que el testador lo haya ordenado tácitamente (instituyendo a varias personas conjuntamente), como si el testador lo ha concedido de forma expresa, indicando que entre dos o más sucesores debe operar el acrecimiento. Este sería el caso de las palabras “amb dret d’acréixer” que leemos en el testamento de la Sra. María P. P., que no tendrían otro sentido que la concesión expresa del derecho de acrecer entre sí a los cuatro herederos instituidos.

3.3. La prelación entre la voluntad testamentaria presunta del art. 144.2 CS y el acrecimiento ordenado por el testador de forma expresa o tácita

El punto clave para resolver la cuestión que nos ocupa consiste en fijar un orden de prelación en la operatividad de las dos vocaciones que acabamos de examinar: por un lado, la de los descendientes del instituido premuerto, que se funda en el art. 114.2 CS, y, por otro, la de los

beneficiarios del acrecimiento, que, en nuestro caso, son los hermanos del instituido que falleció antes que la testadora.

La solución no es sencilla, ya que no existe en el CS ninguna norma que imponga de forma clara la prelación de uno o de otro derecho a suceder, y menos aún teniendo en cuenta que, en el caso concreto que nos ocupa, existe un elemento añadido que debe tomarse en consideración: el acrecimiento no opera por efecto de una mera vocación conjunta de los instituidos, sino que la testadora lo ordenó expresamente. Por ello, deberemos fijar con exactitud la función que desempeña cada uno de los institutos en conflicto, para luego intentar buscar en los principios generales que informan nuestro Derecho la solución más adecuada.

a. Sentido y alcance de la expresión “Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...” del art. 144 CS

El art. 144 CS se inicia con una frase que distingue de forma clara este precepto de otras normas de Derechos españoles, que también regulan un derecho de representación operativo en el marco de la sucesión testamentaria. Esta distinción es fundamental para entender qué límites quiso dar el legislador catalán al derecho del art. 144.2 CS.

El art. 21 de la Ley aragonesa de Sucesiones (Ley 1/1999 de 24 de febrero - BOA nº 26, de 4.3.1999)⁴ establece un régimen de “sustitución legal” que opera a no ser que “[s]alvo previsión en contrario del disponente...”, esto es, salvo que el disponente haya ordenado expresamente una sustitución vulgar (SAP Teruel, de 7 de junio de 2000 (JUR 2000\242042). La ley 309 de la Compilación navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo, BOE nº 57 de 7.3.1973)⁵ también establece un derecho de representación que debe operar en la sucesión testamentaria “[a] falta de disposición del causante...”, una expresión que debe interpretarse también como la ordenación de una sustitución vulgar expresa.

4 El tenor de este art. 21 es: “Sucesiones voluntarias. 1. En las sucesiones voluntarias la sustitución legal tiene lugar cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder.

2. La sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente o hermano del causante.

3. Los sustitutos que reciban la porción del llamado a la herencia declarado ausente deberán cumplir las obligaciones que impone la normativa sobre la ausencia.”

Esta norma recoge, en esencia, el tenor del derogado art. 141 de la Compilación aragonesa.

5 El tenor de la Ley 390 es: “Cuándo procede. El derecho de representación se dará siempre que lo hubiere establecido el causante, quien podrá también excluirlo en cualquier caso.

A falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante” 15

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

En cambio, el art. 144.2 CS opera tan sólo “Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...”, una expresión mucho más amplia que permite modular la aplicabilidad del referido artículo según las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

La expresión escogida por el legislador catalán encuentra su antecedente en la reglas interpretativas de los juristas medievales (cfr. por todos F. MANTICA, 1587, lib.1, tit.2, §§ 1 ss.), que solían llamar *coniecturae legis* a estas normas presuntivas de la voluntad del testador, cuya operatividad quedaba siempre limitada a aquellos casos en los que no pudiese deducirse del testamento, aunque fuese por vía de conjetura, que el testador concreto en cuestión no había tenido la voluntad que le presumía la ley. Estas conjeturas particulares que dejaban inoperantes las conjeturas legales solían recibir el nombre de *coniecturae hominis*.

Así pues, para que el art. 144.2 CS quede inoperante no es imprescindible que el testador lo haya establecido así expresamente, sino que basta que del tenor del testamento se desprenda que el testador no quiso que los descendientes del hijo premuerto sucediesen en su lugar. Por ello el art. 144.2 CS queda inoperativo de forma automática en casos en los que el testador ha designado expresamente a quién quiere que corresponda la sucesión en caso de vacancia de una cuota.

Pero es más: aunque el testador no hubiese concedido expresamente a los instituidos el derecho de acrecer, por el mero hecho de haber sido instituidos conjuntamente, quedaban ya tácitamente excluidos los descendientes del hijo premuerto, puesto que resulta aparente “...que és una altra la voluntat del testador”. Sólo en caso de que no aparezca manifestada (expresa o tácitamente) la voluntad del testador podrá operar la delación de la herencia prevista en el art. 144.2 CS.

El asunto de la preferencia entre el art. 144.2 CS y el acrecimiento entre quienes han sido instituidos conjuntamente (sin que el testador les haya atribuido expresamente el derecho de

acrecentar) no afecta directamente al testamento de la Sra. María P. P., en el que hay una atribución expresa, pero debe ser examinado con detalle porque constituye un sólido argumento a fortiori.

b. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente

Hasta que se planteó el caso que nos ocupa, los Tribunales no se habían pronunciado acerca del problema de si la vocación ex lege que nace del art. 144.2 CS debe operar con preferencia al acrecimiento o viceversa. Esto no obstante, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 25 de enero de 2001 (RJ 2001\8171), dictada en un caso en el que resultaba aplicable la Compilación, establece una doctrina que, a mi juicio, sigue siendo atendible en el marco normativo del CS: el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente debe operar por delante de una voluntad testamentaria que meramente puede presumirse sobre la base de elementos externos al testamento (en aquél caso, una nota manuscrita por la testadora), pero que no tiene referente alguno en el texto testamentario.

La primacía de la voluntad manifiesta del testador frente a la voluntad presumida por la ley tiene una larguísima tradición en la jurisprudencia europea, por influencia, sobre todo, de la

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

romanística (p.ej. A. BELLONI [1672] cap.10, quaest.21, p.231). En Cataluña, este principio fue defendido por J. CÁNCER (1608) en el siglo XVI (parte 3ª, cap.12, § 145) y por el humanista J. FINESTRES (1752) en el XVIII (p.216), con lo cual se convirtió en uno de los pilares del Derecho sucesorio catalán, que se enunciaba generalmente con el brocardo: “dispositio hominis facit cessare provisionem Legis” (“la disposición del hombre deja ineficaz la provisión de la Ley”). Ya en el siglo XX, J. M. BORRELL Y SOLER 1944, § 450 (p. 96) reconoció la importancia de este principio como parte integrante del Derecho catalán y lo mismo puede decirse de la doctrina posterior a la aprobación de la Compilación y del CS (puede consultarse por todos LL. PUIG FERRIOL / E. ROCA TRÍAS 2006, p. 215 SS.).

En el caso concreto que nos ocupa, esta doctrina implica que el acrecimiento debe ser preferente a la vocación ex lege del art. 144.2 CS, la cual opera, a su vez, con preferencia frente al llamado incremento sucesorio (art. 41 CS), que es un mero efecto legal que no se funda en una voluntad, expresa o tácita, del disponente.

El acrecimiento opera por delante de la vocación ex art. 144.2 CS en todo caso, pero esta prelación es aún más clara en aquellos casos en los que, como el que nos ocupa, el ius adcrendi ha sido concedido expresamente por el testador. Si, en el caso de herederos instituidos conjuntamente, el acrecimiento cuenta con el respaldo legitimador de la voluntad tácita del causante, en aquellos casos en los que el derecho de acrecentar se haya concedido

expresamente, el titular del derecho de acrecer cuenta con una llamada explícita del disponente.

Por todo esto, no podemos compartir la tesis de BOSCH CAPDEVILA (2002 p. 275 ss), según la cual los representantes llamados en aplicación del art. 144 CS deberían tener un derecho preferente al de los titulares de un derecho a acrecer, por aplicación analógica del art. 327.2 CS.

La aplicación analógica del art. 327.2 CS no es posible a mi entender porque la dicotomía derecho de representación (ex art. 328 CS) - acrecimiento (ex art. 327.1 CS), que encontramos en la sucesión intestada, tiene una ratio subyacente completamente distinta de la que está detrás del binomio derecho de representación testamentario (ex art. 144 CS) - acrecimiento entre sucesores vocados conjuntamente (ex art. 38 ss. CS).

El orden de la sucesión intestada consiste, en el fondo, en una presunción de la voluntad del testador.⁶ Tanto los llamados por vía de acrecimiento como por derecho de representación son vocados porque la ley presume que el testador-tipo los habría querido como sucesores y, al establecer una jerarquía entre ellos, la ley no hace otra cosa que colocar por delante a aquéllos a los que presume que un testador-tipo habría colocado delante, y colocar detrás a aquéllos a los

6 Algunos autores recientes (LL. PUIG FERRIOL / E. ROCA TRÍAS, 2006, p. 501) han defendido que la vocación legal no se basa en la presunción de la voluntad del causante sino que tiene su fundamento en el interés que tiene la ley en que todo el mundo tenga un sucesor. Esta afirmación es inexacta desde el punto de vista histórico-jurídico y debe entenderse pronunciada, más que nada, con el fin de que no pueda intentarse alterar el orden sucesorio ab intestato por la vía de demostrar la prioridad en los afectos del causante. 17

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

que el testador presumiblemente habría querido detrás. Por ello el art. 327.2 CS da preferencia a los llamados por derecho de representación frente a los llamados por vía de acrecimiento: la Ley presume que el testador quiso que le sucedieran sus nietos, antes que ampliar la cuota que corresponde a sus hijos.

En la sucesión testamentaria, en cambio, rige el principio de respeto a la voluntad expresada por el testador, que prima por encima de la que la ley pueda presumir; por consiguiente, lo expreso por el testador deberá primar sobre lo tácito y, con más razón aún, sobre lo presunto.

Así pues, nada obsta a que el derecho de representación testamentario del art. 144 CS deba operar con preferencia al incremento sucesorio necesario (art. 41 CS) ya que, ambos institutos responden a una presunción ex lege de la voluntad del testador y, por lo tanto, entre ellos

existe una relación análoga a la que hay entre el derecho de representación y el acrecimiento en la sucesión intestada. Pero no es aceptable que la presunción legal del art. 144 CS deba primar por encima de la voluntad tácita del testador que subyace en el derecho de acrecer entre sucesores instituidos conjuntamente, y, mucho menos aún, que pase por delante de la voluntad expresa del testador, que existe cuando éste ordena explícitamente la operatividad del derecho de acrecer entre dos o más de los sucesores.

Esta tesis encuentra además un fuerte apoyo legal en el tenor del art. 38.3 CS: cuando se hace referencia a quienes tienen un derecho a suceder preferente al acrecimiento se indica el transmisario, el sustituto vulgar y el sustituto fideicomisario, pero no se hace referencia alguna al derecho de representación introducido ex lege por el art. 144 CS.

Por último, hay que subrayar que, incluso si se considerase que los llamados ex art. 144 CS no lo son en tanto que titulares de un derecho de representación, sino como sustitutos vulgares, tampoco sucederían con preferencia al acrecimiento, aunque en este caso hay que admitir que el tenor literal del art. 38.3 CS representa un escollo importante. Yo pienso, de todos modos, que cuando el art. 38.3 CS menciona que la sustitución vulgar debe operar por delante del acrecimiento está pensando en la contraposición de una llamada expresa (sustitución vulgar), a la que da preferencia frente a una tácita (acrecimiento inter conyuntos) – sobre este punto, véase O. HILLIGER (1841, p. 495, n.5) – ; pero si contraponemos una voluntad presunta (llamada ex art. 144 oración 2ª CS) a una tácita (acrecimiento inter conyuntos), debe prevalecer en todo caso la tácita, ya que, sin contar con la expresa referencia del testador, por lo menos puede inducirse de las palabras elegidas por él a la hora de testar.

En contra de esta tesis, BOSCH CAPDEVILA (2002, 254 ss.) sostiene que, si se considera que la sucesión ex art. 144 CS tienen lugar por sustitución vulgar tácita, el art. 38.3 CS implicaría que los sustitutos sucederían con preferencia a los titulares de un derecho de acrecer. Esta postura es difícil de conciliar con las tesis defendidas por el propio autor unas páginas antes, cuando, hablando de las sustituciones vulgares tácitas, manifiesta “cal analitzar un per un els supòsits que poden donar origen a aquestes substitucions tàcites, però podem adelantar que la naturalesa d’aquests supòsits fa més adient una interpretació restrictiva de l’art. 38,3 CS”. No es fácil entender por qué el art. 38.3 CS debe interpretarse restrictivamente en relación con las sustituciones vulgares tácitas 18

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

y, en cambio, en el caso del art. 144 CS, que contiene una sustitución vulgar presunta, esa misma norma debe interpretarse extensivamente.

A mi modo de ver, hoy en día mantienen todo su vigor las palabras que A. BELLONI (1672, cap.10, quaest. 21, n. 43) escribió a principios del siglo XVII en relación con el problema que nos ocupa (traducimos del latín7):

“Sin duda, a veces no se aplica lo que acabamos de decir y la sustitución no excluye el derecho de acrecer: en primer lugar, si consta por conjeturas que esa era la voluntad del testador, no se deferirá al sustituto la parte vacante, sino al instituido conjuntamente [...] puesto que, según la voluntad del testador, el instituido conjuntamente tiene preferencia frente al sustituto [...] tanto si esa voluntad es expresa como si es tácita.”

Referido al vigente art. 38.3 CS la tesis de BELLONI implica que esta norma sólo puede aplicarse estrictamente a los casos de sustitución vulgar ordenada expresamente, porque éste es el caso en el que se estaba pensando al redactar el precepto.⁸ En los casos de sustitución vulgar tácita o presunta, salvo puntuales excepciones,⁹ debe resultar preferente, el derecho de acrecer, tanto si ha sido ordenado expresamente por el testador, como si se desprende tácitamente a partir de una llamada conjunta.

c. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos a los que el testador ha atribuido expresamente el ius adcrendi

La preferencia del derecho de acrecer de los llamados conjuntamente a la herencia frente a aquellas personas que sólo pueden fundar su derecho a suceder en una llamada presunta es todavía más clara si el acrecimiento no se deduce tácitamente de la llamada conjunta, sino que ha sido expresamente atribuido por el testador.

No es que la atribución expresa del derecho de acrecer confiera a sus beneficiarios un derecho distinto del que tienen los instituidos conjuntamente, sino que lo que ocurre es que la concesión expresa del acrecimiento reviste a sus beneficiarios con la legitimidad que conlleva el haber sido llamado expresa y claramente por el testador y les sitúa por delante de cualquier persona que

7 “Plane interdum supradicta cessant et substitutio non excludit ius accrescendi. Primum enim si ex coniecturis constet talem esse voluntatem testatoris non admittetur ad partem vacantem substitutus sed coniunctus [...] Nam ex voluntate defuncti coniunctus substituto praeferut [...] sive voluntas sit expressa vel tacita ...”

8 Este parece ser el alcance que dan al precepto LL. PUIG FERRIOL, y E. ROCA TRÍAS (2006, p. 103) cuando afirman: “El testador pot preveure la manca de l'hereu; per això l'art. 38.3 CS estableix que quan en lloc de l'hereu que falta arribi a ser-ho algun del seus hereus per dret de transmissió successòria o ho esdevenen els cridats per via de substitució vulgar o per fideïcomís, no té lloc el dret d'acréixer perquè, com ja s'ha dit abans, el dret d'acréixer és sempre voluntari per al causant.”

9 Las excepciones que acepta BOSCH CAPDEVILA (2002, p. 255 ss.) son las de quien es llamado como sustituto vulgar en virtud de una sustitución tácita insita en una fideicomisaria expresa.
19

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

pueda alegar un derecho sucesorio que se funde tan sólo sobre una voluntad tácita o presunta del disponente.

Así pues, si el testador ha concedido expresamente el derecho de acrecer, este derecho operará con preferencia a una sustitución vulgar tácita, al derecho de representación del art. 144.2 CS e incluso frente a un acrecimiento entre herederos que simplemente hayan sido instituidos conjuntamente: por ejemplo, si un testador instituye a tres personas con los términos “A y B sean herederos de una mitad; C sea heredero de otra mitad, con derecho a acrecer la parte de B” es evidente que, si B deja vacante su cuota, primero se deferirá a C en virtud del derecho de acrecer ordenado expresamente y, sólo si éste no quiere o no puede suceder, operará el derecho de acrecer entre herederos instituidos conjuntamente (fundado en una voluntad tácita del testador) y se deferirá la herencia a A.

En conclusión, pues, si el testador ha concedido expresamente el derecho de acrecer, sólo tendrán preferencia en la sucesión aquellas personas que funden su derecho en una llamada expresa del causante (por ejemplo, por medio de una sustitución vulgar expresa), pero nunca aquéllos que sólo puedan alegar a su favor una voluntad tácita o presunta del disponente.

La conclusión a la que nos han conducido las argumentaciones de carácter dogmático se ven corroboradas, para el testamento concreto de la Sra. María P.P., con el resultado de una adecuada exégesis del testamento, fundada en los elementos intrínsecos de prueba de la voluntad testamentaria. La cláusula más relevante del testamento, a los efectos de interpretar la institución de heredero, es el derecho de adquisición preferente ordenado por la testadora en la cláusula segunda a favor de los coherederos, para el caso de que alguno de ellos vendiese su parte sobre la finca rústica que constituía el único bien del haber hereditario. Parece claro que la testadora tenía interés en evitar que, una vez adquirida la finca por los herederos, algunos de ellos optasen por vender su parte a quien más les ofreciese por ella, cosa que provocaría una rápida disgregación de la explotación agrícola, en perjuicio de su rentabilidad.

Es obvio que la testadora no quiso poner la unidad de la finca por delante de cualquier otra consideración, ya que, en ese caso, habría optado por instituir un único heredero, siguiendo una costumbre muy arraigada en las zonas rurales de Cataluña. La testadora no quiso dejar fuera de su herencia a ninguno de sus cuatro hijos, quizás para no agravarlos o para no dejarlos desprotegidos en su vejez. Pero mediante la ordenación de un derecho de acrecer y de un derecho de adquisición preferente la causante quiso poner los medios para que la propiedad de la finca tendiera a concentrarse en pocas manos, de forma que no acabase disgregada.

El medio elegido parece bastante idóneo: a juicio de muchos expertos, el origen del derecho de acrecer en la oscura época arcaica de la historia romana tuvo su origen, precisamente, en la necesidad de mantener las explotaciones agropecuarias unidas para que resultasen viables (M. KASER, 1971 p.667). Ciertamente, nuestro derecho ponía a disposición de la testadora otros medios más radicales para lograr su fin, entre ellos, por ejemplo, la ordenación de una sustitución fideicomisaria recíproca entre los coherederos. El problema de este expediente, sin embargo, es

20

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

su alto coste fiscal en el Impuesto de Sucesiones, porque implica que, en un plazo breve de tiempo, se producirán varias sucesiones entre parientes colaterales, cada una de ellas gravada por el impuesto.

En definitiva, da la impresión de que la testadora adoptó una actitud posibilista y que eligió la solución que le permitía compaginar su deseo de no dejar fuera de la herencia a ninguno los hijos que la sobreviviera (todos ellos de edad avanzada) y su voluntad de comprometer lo mínimo posible la unidad de su casa pairal.

4. Conclusiones

A modo de conclusión puede decirse, pues, que el derecho de acrecer conferido expresamente por la testadora (“amb dret d’acréixer”) a los coherederos del instituido premuerto debe operar con preferencia a la vocación ex lege de los nietos del testador ex art. 144.2 CS por las siguientes razones:

1) El derecho de acrecer entre herederos instituidos conjuntamente opera, en todo caso, de modo preferente a la vocación presunta del art. 144.2 CS; la razón es que el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente se fundamenta en una llamada tácita del testador (coniunctio), mientras que la sucesión ex art. 144.2 CS tiene su base tan sólo en una voluntad presunta, establecida ex lege, que debe operar únicamente “Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...”. La mera llamada conjunta a suceder debe considerarse, por lo tanto, una apariencia suficiente de la voluntad del testador como para dar preferencia a los así llamados frente a la vocación legal ex art. 144.2 CS.

2) En los casos en los que el derecho de acrecer haya sido concedido expresamente por el testador, todavía con más razón será preferente el acrecimiento frente a la sucesión ex art.

144.2 CS, ya que los coherederos que deben acrecer cuentan con la legitimidad de haber sido llamados expresamente por el causante, mientras que la llamada ex art. 144.2 CS se fundamenta tan sólo una hipotética voluntad del testador que la ley presume.

Además, la vocación ex art. 144.2 CS es legal (ex lege), no voluntaria (ex testamento). Es la ley y no el testamento quien llama a suceder a los nietos del testador, que no aparecen en el testamento ni siquiera de modo tácito. Por lo tanto, el principio de primacía del llamamiento voluntario frente al legal que rige en el CS (Preámbulo, ap. II) conlleva que el derecho de las personas vocadas expresamente por el testador deba prevalecer frente a aquellas vocadas por la ley.

Esta conclusión vale tanto si se califica la sucesión ex art. 144.2 CS como derecho de representación como si se ve como una sustitución vulgar. Si, conforme a la opinión mayoritaria, consideramos que el referido artículo prevé un derecho de representación operativo en la sucesión testamentaria, este derecho de representación no podrá operar

21

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

igual que en la sucesión intestada, ya que en este último ámbito todas las vocaciones son legales y se fundan en la voluntad presunta del testador, mientras que en la sucesión testamentaria hay una voluntad manifiesta (expresa o tácita) que debe ser siempre preferente frente a la sucesión legal, basada en meras presunciones de los deseos del causante. Por ello el art. 367 CS no es aplicable por analogía a nuestro caso, ya que no concurre el requisito de idéntica ratio, imprescindible para extender la aplicación de las normas por analogía.

3) Por otro lado, aunque calificásemos de sustitución vulgar presunta la sucesión ex art. 144.2 CS, tampoco tendrían estos “sustitutos vulgares” un derecho a suceder preferente al acrecimiento de los coherederos instituidos “amb dret d’acréixer” conjuntamente con el hijo premuerto: el art. 38.3 no resultaría aplicable a este caso, ya que la razón por la que esta norma da preferencia al sustituto vulgar frente al acrecimiento es que la sustitución recoge la voluntad expresa del testador, mientras que el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente sólo se funda en una voluntad tácita. En el caso que nos ocupa, por el contrario, quien cuenta con la legitimidad de haber sido vocado expresamente no son los “sustitutos vulgares” (que ni siquiera aparecen en el testamento) sino los llamados a acrecer, a los que les fue concedido este derecho por disposición expresa de la testadora. Por ello, el derecho a suceder de estos últimos debe reputarse preferente.

5. Apéndice: las novedades en la regulación del problema en el libro cuarto del Codi civil de Catalunya

El día 18 de junio de 2008, mientras se ultimaba la revisión del presente artículo, el Parlament de Catalunya ha aprobado el libro cuarto del Codi civil de Catalunya relativo a las sucesiones. En el punto que nos ocupa, el nuevo texto sigue en la línea de la regulación anterior, aunque introduce algunas novedades de especial importancia que no pueden dejar de comentarse aunque sea en la forma de un breve apéndice.

El art. 423-8 del CCC incluye una regla similar a la del art. 144.2 del CS, según la cual, si el testador que instituye a sus hijos por partes iguales y de forma nominativa, se confiere a los descendientes del instituido un derecho de representación. Sin embargo, en el CCC este derecho no se limita expresamente al caso de premoriencia del hijo instituido, de modo que, previsiblemente se planteará la duda acerca de si resulta aplicable, por analogía con el art. 441-7 CCC, también en caso de declaración de ausencia o de indignidad. La respuesta posiblemente deba ser afirmativa.

En lo que se refiere concretamente al problema que estamos analizando en el presente trabajo, el art. 462-1 CCC (a diferencia de lo que ocurría en el art. 38.3 CS) establece expresamente que el derecho de representación en la sucesión testada será preferente al acrecimiento. Esta toma de postura del legislador impide propugnar bajo el nuevo texto legal que el acrecimiento entre

22

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

instituidos conjuntamente debe ser preferente al derecho de representación. Por consiguiente, el enfoque opuesto que se ha defendido anteriormente queda excluido en aquellos testamentos a los que resulte aplicable el nuevo régimen jurídico (Disp. Trans. 2ª). Sin embargo, la doctrina de la citada STSJ Cataluña de 26.7.2007 sigue siendo aplicable si el testador ha ordenado expresamente el acrecimiento, puesto que, por propia disposición legal, el derecho de representación sólo opera en la sucesión testada "Llevat que s'infereixi que la voluntat del testador és una altra..." (art. 423-8 CCC). Por consiguiente, el caso de la sucesión de la Sra. María P. P. habría tenido idéntica solución si se hubiese planteado bajo la nueva regulación.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal, Sala y Fecha Ar. Magistrado Ponente Partes

SAP Teruel de 7.06. 2000

JUR 2000\242042

José Antonio Ochoa Fernández Francisco Julián P.F. y Manuel P.F. c. Joaquín P. R. y Carmen S.G.

STSJ Cataluña de 25.01.2001

RJ 2001\8171 Lluís Puig Ferriol Adrià Ll. S. c. Antonio y Adrià T. Ll

SAP Barcelona (Civil Sec. 1ª), 10.10.2006

JUR 2007\145197

Josep Llobet Aguado

José María F.P., Núria F.P. y Luis Ignacio F.P. c. María Rosa F.P., Núria F.P., Juan F.P., Cristina R. F. y Manuel Alejandro V.-L. E.

7. Bibliografía

Dominik van ARUM (1620), *Disputationes ad praecipuas Pandectarum et Codicis leges, Consuetudines Feudales, quattuor Institutionum libros*, Jena.

Antonio BELLONI (1672), *De iure accrescendi tractatus*, Venecia.

Antonio María BORRELL Y SOLER (1944), *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo 5, Editorial Bosch, Barcelona.

Esteve BOSCH CAPDEVILA (2002), *L'acreixement en el Dret successori català*, Departament de Justícia, Barcelona.

Paul BUSIO (1656), *Commentarius in universas Pandectas Domini Iustiniani cum differentiis consuetudinum communium et Germaniae, Galliae, Belgicae singularium itemque iuris canonici*, Deventer.

Adolfo CALATAYUD SIERRA (1994), *Comentario a los arts. 167 y 169 CS en Lluís JOU MIRABENT (Director) Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo I, Bosch, Barcelona.

Jaume CÁNCER (1608) (= Jacobus CANCERIUS), *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et* 23

InDret 3/2008 Maurici Pérez Simeón

Municipalis Principatus Cathaloniae, 3ª parte, Barcelona.

Jacobo CUYACIO (1758) (= Jacobus CUIACIUS /Jacques CUYAS), Commentaria in libros responsorum Aemilii Papiniani en Opera omnia, tomo 4, Nápoles.

Josep FINESTRES I DE MONSALVO (1752), Praelectiones cervarienses sive commentarii academici ad titulos Pandectarum “De inofficioso testamento” ac “De vulgari et pupillari substitutione”, Cervera.

Antonio GÓMEZ (1768), Variae resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii, Madrid.

Otto HILLIGER (1841), notas a H. DONELLO, Opera omnia commentariorum de iure civili, tomo 2, Florencia.

Max KASER (1971), Das Römische Privatrecht, vol. 1, 2ª ed., Beck, Múnich.

Francesco MANTICA (1587), Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum, Venecia.

Lluís PUIG FERRIOL / Encarna ROCA TRÍAS (2006), Institucions del Dret civil de Catalunya. Tomo 3 (Dret de successions), 6ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia.

Joan RUBIES MALLOL (1994), Comentario al art. 144 CS en Lluís JOU MIRABENT (Director) Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, tomo I, Bosch, Barcelona.

Christian THOMASIUS (1766), notas a Ulrich HUBER, Praelectionum iuris civilis tomi tres secundum Institutiones et Digesta Iustiniani, Lovaina.

Bernhard WINDSCHEID / Theodor KIPP (1906), Lehrbuch des Pandektenrechts, tomo 3º (9ª ed.), Frankfurt am Main.

Reinhardt ZIMMERMANN (1984), “Coniunctio verbis tantum”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Rom. Abt.) 101.

Hendrik ZOES (1718), *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L*,
Lovaina.